

Tynn Kapitalisering

I tilfeller av innkommende og utgående lån

Kandidatnummer: 347

Veileder: Arvid Aage Skaar

Leveringsfrist: 25.11.2006

Til sammen 17982 ord

07.06.2007

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>1</u>
1.1	Valg av kapitalform og betydning for skattlegging.	1
1.2	Problemet	1
1.3	Historikk	1
1.4	Oppgavens problemstilling	2
1.5	Hjemmel	2
1.5.1	Skattelovens internprisingsregel	2
1.5.2	Ulovfestede regler	3
1.5.3	Forholdet til andre saker om internprising	4
1.5.4	Konsernbegrepet brukt i oppgaven	4
1.5.5	Armlengdeprinsippet	4
1.5.6	To typetilfeller, innkommende og utgående lån	4
1.6	Klassifikasjon av kapitaltilskuddet	5
1.7	Oppgavens oppbygging	5
<u>2</u>	<u>RETTSKILDER</u>	<u>6</u>
2.1	Historikk, praksis	6
2.2	Administrative uttalelser mv	7
2.3	Vekt	7
2.4	Mangel på Høyesterettspraksis	8
2.5	Internasjonal skatterett	9

2.6	Skatteavtalenes internprisingsregel	9
2.7	Ikke diskrimineringsbestemmelsen i OECD mønsteravtalen art 24	10
2.8	EØS-avtalens forhold til norsk rett	10

<u>3</u>	<u>VILKÅR FOR Å BENYTTE SKATTELOVENS § 13-1 I TILFELLER AV TYNN KAPITALISERING</u>	<u>11</u>
-----------------	---	------------------

3.1	Interessefellesskapet	11
3.1.1	Innledning	11
3.1.2	Direkte eller indirekte interessefellesskap	12
3.1.3	Rettssubjektene	12
3.1.4	Fysiske personer	13
3.1.5	Juridiske personer	13
3.1.6	Tilfeller hvor det foreligger delt eierskap	14
3.2	Vilkåret om reduksjon av formue eller inntekt.	15
3.2.1	Innledning	15
3.2.2	Formuesskatteplikten for aksjeselskaper og lignende selskaper er bortfalt.	15
3.2.3	Inntektsreduksjon	15
3.2.4	Inntektsreduksjon ved garanterte lån.	16
3.3	Årsakssammenheng	17
3.4	Typer av lån	18
3.4.1	Innledning	18
3.4.2	Direkte lån	18
3.4.3	Lignende lån	18
3.5	Grenseoverskridende lån med norsk kreditor	21
3.5.1	Innledning	21
3.5.2	Omgjøring til egenkapital	21
3.5.3	Vilkår for skjønnsfastsettelse	22
3.5.4	Lånekapasitet	22
3.5.5	En prosessuell bemerkning.	22
3.5.6	Rekkevidden av armlengdeprinsippet	23

3.5.7	Andre inntektsøkende posisjoner for kreditor	23
3.5.8	Omgjøring fra lån til egenkapital	24
3.5.9	Lånekapasiteten oppbrukt ved annet internlån.	24
3.5.10	Kreditorselskapet medvirkende til manglende lånekapasitet	25
3.6	Tilleggsvilkår utover de lovbestemte	25
<u>4</u>	<u>LÅNEKAPASITETSVURDERINGEN</u>	<u>26</u>
4.1	Innledning	26
4.2	Samme lånekapasitetsvurdering i tilfeller av innkommende og utgående lån.	27
4.3	Tidspunktet for vurderingen av lånekapasiteten	27
4.4	Konserntilknytning på debitorsiden.	28
4.4.1	Innledning	28
4.4.2	Muligheten for støtte fra andre konsernselskaper	28
4.4.3	Synergieffekter	30
4.4.4	Oppsummering konserntilknytning på debitorsiden	31
4.5	Konserntilknytning på kreditorsiden	32
4.5.1	Innledning	32
4.5.2	Direkte lån	32
4.5.3	Garanterte lån og <i>back-to-back</i> arrangementer	33
4.5.4	Kjennskap til debitors virksomhet	33
4.5.5	Oppsummering	34
4.6	Sammenligningstransaksjonen	34
4.7	Utnyttelsen av lånekapasitet	36
4.8	Fikserte krav til egenkapital	36
4.9	Konserngjeld	37
4.10	Selskaper opprettet for å finansiere konsernselskaper	38
4.10.1	Innledning	38

4.10.2	Plasseringen av låneforholdet	38
4.11	Ytterligere opplåning	39
4.12	Det faktiske grunnlag for lånekapasitetsvurderingen	40
4.12.1	Innledning	40
4.12.2	Selvangivelse mv.	40
4.13	Tidsaspektet ved lånekapasitetsvurderingen	42
4.13.1	Fra avtaleinngåelse til ligning	42
4.13.2	Fra ligning til domstolsbehandling og eventuelt ny ligningsbehandling	43
4.14	Prosessuelle forhold ved lånekapasitetsvurderingen	45
4.14.1	Domstolsprøving av lånekapasitetsvurderingen	45
4.14.2	Bevisbyrde	46
4.14.3	Ikke bruk	48
4.14.4	Tilbakevirkning	48
4.14.5	Ulovfestede fikserte krav til egenkapital, før petroleumskatteloven § 3 (h)	49
4.15	Økonomiske faktorer i lånekapasitetsvurderingen	50
4.15.1	Innledning	50
4.15.2	Egenkapital	51
4.15.3	Fremtidig inntjenningssevne	53
4.16	Justeringen av inntekt	56
4.16.1	Innkommende lån	56
4.16.2	Utgående lån	57
<u>5</u>	<u>OPPSUMMERING</u>	<u>59</u>
<u>6</u>	<u>LITTERATURLISTE</u>	<u>61</u>

1 Innledning

1.1 Valg av kapitalform og betydning for skattlegging.

I finansieringen av et selskap kan man velge mellom to typer kapital. Egenkapital og fremmedkapital. Hvilken type kapital som velges kan ha skattemessig betydning både for selskapet, og den som står for finansieringen. Renter og gjeld behandles skattemessig annerledes enn egenkapital og utbytte. I internasjonale konsern vil derfor valg av kapitalform kunne være styrt av de skattemessige konsekvensene. Valget mellom gjeld eller egenkapital kan brukes til å skyve skattbare inntekter til det land et konsern er engasjert i som har den gunstigste beskatningen.

1.2 Problemet

Ved å klassifisere finansieringen av et selskap i Norge som lån, vil det norske selskapet i utgangspunktet få fradrag for gjeld og de renter det betaler ved ligningen. Dersom kapitaltilskuddet er ytt fra et selskap i utlandet, vil dermed gjeld og renter komme til formue og inntekt der. Dersom selskapet hadde valgt å tilføre kapitalen som egenkapital ville derimot ikke selskapet i Norge få fradrag for gjeld og renter, og dermed hatt en høyere inntekt. For å forhindre at et konsern skal være istand til å allokere inntekt der det av skattemessige hensyn helst vil ha det, er det satt opp en regel for å begrense dette. Det kreves at fordelingen mellom egenkapital og gjeld skal være i tråd med armlengdeprinsippet¹.

1.3 Historikk

Utviklingen de senere år har gått mot stadig flere multinasjonale konserner med forskjellig virksomhet i en lang rekke land. For Norges del har funnet av olje på sokkelen vært særlig medvirkende til dette fra 1970-tallet. Norsk oljevirksomhet har siden starten vært særlig

¹ Se kap 1.5.5.

kapitalkrevende, da leteomkostninger og omkostninger til bygging av plattformer har vært store, samtidig har inntjeningspotensialet vært svært stort. Dette har gjort at norske myndigheter har foretrukket store internasjonale konsern som kunne ta utgiftene til å operere på norsk sokkel. Pga de spesielle reglene om beskatning av petroleumsforekomster² med 78% har man da gitt særlig grunn for selskapene til å forsøke å flytte inntekter fra sokkelen. Dette har nok ligget bak at man har villet utvikle et system med sterk kontroll av beskatningen³. Utover på 1990-tallet har også store konsern i større grad gjort seg gjeldene på andre forretningsområder i Norge.

1.4 Oppgavens problemstilling

Formålet med oppgaven er å behandle vilkårene for å kunne skjønfastsette skatteyters inntekt og formue etter skattelovens⁴ § 13-1 i saker hvor dette påberopes pga av grenseoverskridende lån, samt hvilke rettsvikninger det får at vilkårene foreligger. Det er dette som kalles tynn kapitalisering. I praksis har det vist seg at det gjerne er i forbindelse med lånekapasitetsvurderingen tvistene oppstår.

1.5 Hjemmel

1.5.1 Skattelovens internprisingsregel

For å forhindre unndragelse av skattefundament har vi i norsk rett skattelovens § 13-1, denne regulerer alle typer av internprising og kalles også skattelovens internprisingsregel. Denne regelen er en videreføring av § 54 i den gamle skatteloven fra 1975 som fikk sin ordlyd noe forandret i 1981. Denne igjen er en videreføring fra 1911-loven. Det går fram av forarbeidene⁵ til 1981-loven at hensikten kun var å foreta en språklig redigering, og at det materielle innhold skulle være uforandret. Problemstillingen for provenyet er også presisert, samtidig som det gjøres klart at loven er ment å dekke ”*unaturlig høy lånefinansiering*” uten at det gir noe mer veiledning om praktiseringen av bestemmelsen.

² Lov om skattlegging av undersjøiske petroleumsforekomster, petroleumsskatteloven.

³ Syversen, *Skatt på petroleumsutvinning* 176 flg, 1991.

⁴ Lov om skatt av formue og inntekt, skatteloven, sktl.

⁵ Ot prp nr 26 (1980-81) 57 annen spalte.

Ordlyden i skatteloven av 1999 er tilnærmet identisk med 81-loven. Dette betyr at eldre rettspraksis fortsatt kan være aktuell. Ved behandling av tidligere rettspraksis blir lovene brukt om hverandre uten noen nærmere kommentarer.

Det er på det rene at skattelovens internprisingsregel ikke er en skattehemmel isolert sett, men kun en tilordningsregel for inntekter og fradrag. Da det fins grunnleggende prinsipper for tilordning i norsk rett kan man i det lys se på § 13-1 som en presisering av disse. Det interessante oppstår imidlertid når det skal tilordnes slik at det norske skatteproveny øker ved grenseoverskridende transaksjoner.

At det trengs en annen hjemmel for skatteplikt, er det i den skatterettslige teori stor enighet om.

1.5.2 Ulovfestede regler

Et særlig spørsmål er om ulovfestede regler kan benyttes istedenfor § 13-1.

1.5.2.1 Den alminnelige tilordningsregel

I norsk skatterett kjenner vi en alminnelig tilordningsregel⁶, inntekter og fradrag skal tilordnes den som faktisk pådrar seg dem. Domstolene har før loven inneholdt en internprisingsregel foretatt tilordning med hjemmel i ulovfestet rett⁷. Det er imidlertid klart at regelen har sin plass da den bidrar til å skape klarhet om rettstilstanden.

1.5.2.2 Omgåelsesnormen

I Norsk skatterett kjenner vi en ulovfestet omgåelsesnorm⁸. Denne gjør typisk at man for skatterettslige formål skal se bort fra den privatrettslige form en transaksjon har fått.

Vilkårene for å benytte denne går mye lengre enn vilkårene for å benytte internprisingsregelen. Vilkårene for omgåelsesnormen er at transaksjonen får underordnede forretningsmessige virkninger og resultatet må være i strid med hensynene bak den aktuelle skatteregel, dette formuleres gjerne som et krav til illojalitet. Et slikt vilkår har imidlertid vært påberopt uten hell i flere saker for domstolene. Hensikt om skattebesparelse er

⁶ Zimmer, *Lærebok i skatterett* 105, 2005.

⁷ Rt 1912-417 og Rt 1912-486, *Marks Garmlager*.

⁸ Zimmer, *Lærebok i skatterett* 58, 2005.

ytterligere ett vilkår. For internprisingens vedkommende er det ikke ulikt inntektsreduksjonsvilkåret. Det imidlertid ikke noe vilkår om manglende forretningsmessighet med transaksjonen.

1.5.3 Forholdet til andre saker om internprising

Tynn kapitalisering er en del av de sakene som reiser seg innenfor emnet internprising. Også ved kjøp og salg av varer og tjenester, særlig innen samme konsern til en annen skattejuridiksjon, enten et annet land, eller et forretningsområde som beskattes annerledes innen samme land, benyttes skatteloven § 13-1 for å beskytte skattefundamentet.

1.5.4 Konsernbegrepet brukt i oppgaven

I denne oppgaven vil først og fremst de konserninterne transaksjoner behandles. Det er allikevel ikke noe i veien for at reglene kan komme til anvendelse ovenfor andre rettssubjekter så lenge lovens vilkår er oppfylt. Å gå nærmere inn på definisjonen av konsern er det av denne grunn ikke rom for. Under behandlingen av interessefellesskap nedenfor vil imidlertid spørsmålet om hvilke rettssubjekter reglene gjelder for bli behandlet.

1.5.5 Armlengdeprinsippet

Armlengdeprinsippet kommer av at nærstående, avhengige parter skal behandles på armlengdes avstand. Det vil si at transaksjoner som blir foretatt mellom slike parter skal være i tråd med hva uavhengige parter ville gjort, altså foretatt på markedsmessige vilkår. Man behandler de nærstående som separate rettssubjekter. Denne standarden vil gjerne komme inn både ved rettsanvendelsen for å se om lovens vilkår er oppfylt, og senere ved skjønnsfastsettelsen av inntekten. Det er i tilfeller armlengdeprinsippet ikke er fulgt vi snakker om tynn kapitalisering.

1.5.6 To typetilfeller, innkommende og utgående lån

I to tilfeller er det aktuelt å avgjøre om en debitor er tynt kapitalisert. Det ene tilfellet er der et norsk debitorselskap er tilført lån fra en utenlandsk långiver, det andre tilfellet er der en norsk kreditor har tilført en utenlandsk debitor lån rentefritt eller med for lav rentesats etter

armlengdeprinsippet. I det første tilfellet vil, dersom lovens vilkår er oppfylt, skattyteren ikke få fradrag for gjeld og renter. I det andre tilfellet vil skatteyteren få tillagt en skjønsmessig renteinntekt på det utlånte beløp.

1.6 Klassifikasjon av kapitaltilskuddet

Undertiden oppstår problemet om man skal klassifisere et kapitaltilskudd som gjeld eller egenkapital. Dette er det første som må avgjøres i saker om tynn kapitalisering. Etter norsk skatterett skal dette avgjøres med grunnlaget i realitetsdoktrinen, mens for de andre spørsmålene ved tynn kapitalisering er det armlengdeprinsippet som er grunnlaget. I denne oppgaven vil ikke klassifikasjonen bli nærmere behandlet.

1.7 Oppgavens oppbygging

Jeg vil først trekke opp noen linjer videre fra innledningens avsnitt om hjemmel til hva som er dagens rettskildesituasjon. For å slippe gjentakelse der de forskjellige poengene behandles konkret under vilkårene i oppgaven trekkes det ut noen generelle poenger om rettskildesituasjonen i kapittel 2. Deretter behandles vilkårene for anvendelse av sktl § 13-1 i kapittel 3. De spesielle spørsmål som reiser seg ved utgående lån behandles i et eget avsnitt, mens lånekapasiteten som er et vilkår for skjønnsfastsettelse ved innkommende lån eller et vilkår som utelukker skjønnsfastsettelse ved utgående lån under inntektsreduksjonsvilkåret behandles i et eget kapittel 4. En kort oppsummering av oppgaven gjøres i kapittel 5.

2 Rettskilder

2.1 Historikk, praksis

Den klassiske dommen om selskapsfinansiering og armlengdeprinsippet er Fornebodommen⁹ fra 1940. Denne er blitt tatt til inntekt for at det skal være mulig å sette et selskaps kapitalstruktur til side etter internprisingsregelen. De nærmere vilkår går ikke klart frem, men ordlyden om at en aksjeselskap må være drevet på ”*en rimelig og naturlig måte*” dukker fortsatt fra tid til annen opp i praksis.

Det er først på slutten av 1970-årene spørsmålet om tynn kapitalisering i særlig grad dukker opp igjen. Da som følge av oljevirkksomheten på norsk sokkel. Oljeskattekontoret satte kapitalstrukturen til en del norske selskaper som var konserninternt finansiert fra utlandet til side. En rekke av disse avgjørelsene ble påklaget til klagenemnda for petroleumsskatt. Klagenemnda traff sin første kjennelse i mai 1981. Av denne praksisen har det etter hvert utviklet seg noen veiledende retningslinjer for praktiseringen av internprisingsregelen i tilfeller av tynn kapitalisering.

Av klagenemndas kjennelser om tynn kapitalisering er tre havnet i retten, Amoco 1¹⁰ og BP Petroleum¹¹ stoppet i byretten, mens Amerada Hess¹² ble avgjort av lagmannsretten. I disse sakene er i stor grad klagenemndas kjennelser bifalt av domstolene¹³.

Fra og med ligningen for 1993 bestemte Sentralskattekontoret for storbedrifter at utgående lån skulle kontrolleres ytterligere. Dette fikk som resultat at flerfoldige norske kreditorselskaper fikk tilordnet en skjønnsmessig renteinntekt etter internprisingsregelen på sine utgående lån. Her ble Freia¹⁴, Dyno¹⁵ og Elkem¹⁶ avgjort i byretten, mens

⁹ Rt 1940-598, *Fornebo*.

¹⁰ Utv 1989-304 URD, *Amoco 1*.

¹¹ Utv 1989-341 URD, *BP Petroleum*.

¹² Eidsivating lagmannsrett dom av 28 mars 1989, *Amerada Hess* (upublisert).

¹³ Skaar mfl. *Norsk skatteavtalerett* 461 flg, 2006.

¹⁴ Utv 1997-816 URD, *Freia*.

¹⁵ Utv 1999-849 URD, *Dyno*.

¹⁶ Utv 1999-1291 URD, *Elkem*.

Nycomed¹⁷ ble avgjort i lagmannsretten. I alle disse sakene ble ligningen opphevet på grunn av feil ved skjønnsutøvelsen. Det var ved vurderingen av i hvilken grad de utenlandske selskapene hadde lånekapasitet skjønnet ikke var tilfredstillende foretatt. Tre av disse sakene ble så avgjort administrativt, mens en stoppet i ligningsnemnda¹⁸.

En av de nyeste dommene om tynn kapitalisering er *Scribona*¹⁹ fra 2004, avsagt av Borgarting lagmannsrett. Denne saken gjaldt et innkommende lån til en norsk debitor som drev landbasert virksomhet. Her var debitor blitt nektet fradrag for renter og gjeld pga tynn kapitalisering.

2.2 Administrative uttalelser mv

På 1990-tallet har Finansdepartementet kommet med en del administrative uttalelser²⁰ om rettslige problemstillinger ved utgående lån i flere tilfeller. Det finnes også en relativt rikholdig teori. Det som kjennetegner teorien er at den i stor grad er skrevet med en ganske praktisk vinkling av personer som har sitt virke i ligningsmyndighetene, eller at temaet kun er berørt i mindre grad i store generelle verk om bedriftsbeskatning. I forhold til den provenymessig betydning tynn kapitalisering etter hvert har fått, skulle det tilsi en stadig mer inngående behandling i teorien.

2.3 Vekt

Som vi ser er det ingen sterke prejudikater for en lære om hvordan internprisningsregelen skal praktiseres i tilfelle av tynn kapitalisering. Dette fører nok imidlertid til at dommene fra lavere domstoler må tillegges noe mer vekt enn på rettsområder hvor spørsmål er avgjort av Høyesterett.

Grunnen til at disse sakene ikke er blitt avgjort i Høyesterett er nok til dels at de har vært stoppet på veien, men også at skatteyder ikke har tatt sjansen. Særlig innenfor oljesektoren, er det nok ikke helt utenkelig å se for seg at staten ville kunne ha tatt noen grep som

¹⁷ Utv 1999-540 LRD, *Nycomed*.

¹⁸ Utv 2000-613 OLN.

¹⁹ Utv 2004-685 LRD, *Scribona*.

²⁰ Utv 1993-1344 FIN, Utv 1995-1065 FIN, Utv 1997-895 FIN.

lovgiver, om de ikke var fornøyd med de resultatene som kom frem i praksis. Dette fordi det gjerne er saker med stor betydning for provenyet.

De sakene som er blitt avgjort av domstolene bærer i noen grad preg av at dette er et rettsområde fremmed for de fleste fagdommere. Man har derfor i stor grad basert seg på den argumentasjonen som ligningsmyndighetene har lagt til grunn. Dette har vel allikevel neppe all verden å si for i hvilken grad senere løsninger av rettsspørsmål skal forankres i dommene.

Det er antakelig også grunn til å anta at særlig de avgjørelsene som ikke kommer inn for domstolene i stor grad er preget av det som er blitt publisert av uttalelser på området. Når domstolene tilsynelatende baserer seg på avgjørelsene²¹ i klagenemnda vil det være naturlig å anta at disse uttalelser og teoretiske fremstillinger har en stor betydning for rettsutviklingen.

Et sitat fra overligningsnemnda belyser deres syn på rettspraksis²²: ”*Overligningsnemnda er i det vesentlige enig i de synspunkter som lagmannsretten har gitt uttrykk*” dette er fra fornyet behandling av ligningsvedtak som ble opphevet av lagmannsretten²³. Uttalelsen dreier seg om de momentene som er lagt til grunn i lånekapasitetsvurderingen av lagmannsretten.

2.4 Mangel på Høyesterettspraksis

At Høyesterett aldri har tatt stilling til spørsmålet om § 13-1 overhodet kan brukes til å tilordne inntekter i tilfeller av tynn kapitalisering ved grenseoverskridende transaksjoner har i teorien²⁴ tidligere vært brukt mot at bestemmelsen hjemler dette. Med den praksis fra skattemyndighetene og lavere domstoler på området må det imidlertid utelukkes at Høyesterett vil komme til et slikt standpunkt om spørsmålet skulle blitt forelagt. Alle drastiske endringer i det som nå begynner å bli en innarbeidet problemstilling er en lovgiveroppgave.

²¹ Skaar mfl. *Norsk Skatteavtalerett* 462, 2006.

²² Utv 2000-613, pkt 3.1.13.

²³ Utv 1999-540, *Nycomed*.

²⁴ Bjerke, *Internprising* 46, 1997.

2.5 Internasjonal skatterett

OECD har i de senere år publisert en rekke arbeider som omhandler spørsmålene i forbindelse med tynn kapitalisering. I 1979 kom retningslinjene²⁵. De inneholder et kapittel hvor flere spørsmål knyttet til tynn kapitalisering er behandlet. I 1987 ble *Thin Capitalisation Report*²⁶ publisert. Den behandler spørsmålet om kapitalstruktur sammen med spørsmålet om klassifikasjon, om innskutt kapital skal behandles som lån eller egenkapital. Denne omhandler kun selskapets finansierings betydning for inntektsbeskatningen. Da det var vanskelig å få enighet i utarbeidelsen angir rapporten mer hvilke problemstillinger som er aktuelle, og hvilke hensyn som gjør seg gjeldene, enn løsninger. Det ligger da i sakens natur at denne ikke er ment å binde myndighetens utøvelse av reglene om tynn kapitalisering. Den er betraktet²⁷ som ”softlaw”, og vil derfor ha mindre vekt enn retningslinjene²⁸. Retningslinjene er imidlertid kommet i ny utgave på 1990-tallet hvor kapitlet om lån ikke lenger er med.

Særlig på områder hvor de øvrige rettskildene ikke er til hjelp vil man kunne støtte seg på løsninger skissert i OECDs publikasjoner.

2.6 Skatteavtalenes internprisingsregel

Mønsteravtalen inneholder en definisjon av utbytte og renter²⁹. Det har tidligere vært omstridt i hvilken grad den åpner for nasjonale regler om tynn kapitalisering brukes til omklassifisering av renter til utbytte. Det følger av kommentarene³⁰ at man i den grad nasjonale regler hjemler det, kan justere et selskaps overskudd til det det ville ligget på i en armlengdesituasjon.

²⁵ OECDs retningslinjer 1.

²⁶ OECD *Thin Capitalisation*.

²⁷ Skaar mfl. *Norsk skatteavtalerett* 464, 2006, jf Ruud og Ulfstein, *Innføring i folkerett* 25, 53, 2002.

²⁸ OECDs retningslinjer 1.

²⁹ OECD mønsteravtale art 10 (3) og 11 (3).

³⁰ OECD kommentarer til mønsteravtalen.

2.7 Ikke diskrimineringsbestemmelsen i OECD mønsteravtalen art 24³¹

Det er ikke uvanlig at skattemyndighetene bare slår ned på tilfeller av tynn kapitalisering i grenseoverskridende transaksjoner. I innenlands transaksjoner vil det gjerne ikke ha noen betydning for provenyet om en post er kommet til fradrag et sted og til inntekt et annet sted. Art 24 (4) fastsetter at betalinger, herunder renter skal behandles på samme måte om kreditor er utenlandsk eller ikke. Derimot er tilfeller etter mønsteravtalens internprisningsregler³² unntatt fra dette, så lenge de interne regler er i tråd med armlengdeprinsippet.

2.8 EØS-avtalens forhold til norsk rett

EØS-avtalens art 31 og art 40 inneholder ikke-diskrimineringsbestemmelser som går lengre enn regelverket til OECD. Det norske regelverket gjelder på samme måte for innenlandske som for grenseoverskridende transaksjoner. I praksis benyttes de derimot kun ved grenseoverskridende transaksjoner, da det kun er her det har provenymessig betydning. Diskrimineringsbestemmelsene i EØS-avtalen gjelder åpenbart både formell og reell diskriminering. Dette anses³³ som problematisk i forhold til EØS-avtalen. Fra EU-domstolen har det vært oppe en sak³⁴ om tyske regler om tynn kapitaliserings forhold til EU-rettens regler om fri etablering. Til tross for at de tyske reglene tilsynelatende var i tråd med reglene i OECDs mønsteravtales internprisningsregel, kom domstolen til at de tyske reglene var diskriminerende og i strid med reglene om fri etablering. Det er imidlertid hevdet at det bare er sjablonbaserte regler som ikke vil treffe riktig i alle sammenhenger som ikke kan anvendes³⁵. Det er allikevel særlig interessant at dommen avskjærer hensyn til skattefundamentet og sammenheng i skattesystemet som særlige hensyn som kan begrunne brudd på etableringsretten.

³¹ OECD mønsteravtale.

³² OECD mønsteravtale art 9 (1), art 11 (6), og art 12 (4).

³³ Skaar mfl. *Norsk Skatteavtalerett* 491, 2006.

³⁴ Lankorst-Hohorst, C-324-00.

³⁵ Utv 2003-487, Leegaard, artikkel.

3 Vilkår for å benytte skattelovens § 13-1 i tilfeller av tynn kapitalisering

Vilkårene for å benytte skattelovens internprisingsregel på tynn kapitalisering er de samme tre som i andre saker hvor internprisingsregelen påberopes. Det må foreligge et ”direkte eller indirekte interessefellesskap” mellom skatteyter og en annen person, selskap eller innretning. Det andre vilkåret er at ”skatteyers formue eller inntekt er redusert”. Det tredje er et krav til årsaksammenheng mellom de to første, inntektsreduksjon ”på grunn av” interessefellesskapet. Det tredje vilkåret har nær sammenheng med det andre.

Debitorselskapets lånekapasitet er sentralt for å avgjøre om det foreligger inntektsreduksjon. Enten for debitor selv, eller for kreditor. Da dette er et stort tema behandles det særskilt i kapittel 4.

3.1 Interessefellesskapet

3.1.1 Innledning

For å kunne anvende internprisingsregelen, må det foreligge interessefellesskap mellom rettssubjektene. Her holder ikke det bestående låneforhold mellom kreditor og debitor. Det typiske vil her være at de inngår i et konsernforhold³⁶.

Dersom det foreligger tvil om den som formelt sett har ytt kapitaltilskuddet reelt sett er kreditor, skal det reelle forhold³⁷ legges til grunn. Typisk vil være at et konsern forsøker å skjule hvor kapitaltilskuddet kommer fra.

Det er uenighet om innholdet av vilkåret, og en nærmere klargjøring hadde vært nyttig³⁸.

Kravet om interessefellesskap bygger på det syn at låneavtaler mellom parter som ikke er i interessefellesskap bygger på forretningsmessige vurderinger, og av den grunn er i tråd med armlengdeprinsippet. Det vil da heller ikke være noen inntektsreduksjon. At en av partene har gjort en særlig god eller dårlig avtale forandrer ikke dette.

³⁶ OECD kommentarer til mønsteravtalen art 11 pkt 34.

³⁷ OECD Thin Capitalisation pkt 73 .

³⁸ Weizmann, *Dobbeltbeskatningsoverenskomster vedrørende inkomst og formue* 367, 1994, Skaar mfl. *Norsk Skatteavtalerett* 343, 2006.

Når partene i låneavtalen er i interessefellesskap med hverandre, er det ikke lenger grunnlag for å anta at partenes motstridene interesser fører til avtaler på markedsmessige vilkår. Her kan det være andre interesser, som å forskyve skattefundamentet til en annen skattejuridiksjon som gjør seg gjeldene.

Et spørsmål man kan reise er om det foreligger en presumsjon for interessefellesskap dersom en låneavtale mellom to parter ikke er på armlengdes vilkår, slik at vilkåret om interessefellesskap ikke vil ha særlig selvstendig betydning. I svært mange tilfeller vil dette stemme, men det kan føre galt av sted om ligningsmyndighetene alene skulle avgjort sakene ut fra dette kriteriet. Det kan være grunner for transaksjoner mellom ikke nærstående som gjør at de tilsynelatende ikke er markedsmessige.

3.1.2 Direkte eller indirekte interessefellesskap

Skattelovens ordlyd krever direkte eller indirekte interessefellesskap. Direkte interessefellesskap henspiller på forholdet mellom de to rettssubjektene i låneavtalen.

Indirekte interessefellesskap foreligger hvor rettssubjektene begge har et slikt forhold til et tredje rettssubjekt som ikke er med i låneavtalen. Det kan f.eks være at A er en fysisk person som eier selskap B og C som ligger i hvert sitt land, og låneavtalen er mellom B og C. Det typiske er imidlertid konserntilknytting, hvor et konsernselskap låner penger til et annet konsernselskap hjemmehørende i et annet land. Hvilket familieforhold som består mellom disse selskapene, mor-datter, datter-datter osv vil uansett ikke ha betydning da både direkte og indirekte interessefellesskap er inntatt i loven.

3.1.3 Rettssubjektene

Det går frem av lovens ordlyd at rettssubjekt som inntekten skal justeres for er skatteyder, dvs at alle fysiske og juridiske personer som er skatteyder. Det rettssubjekt som interessefellesskapet foreligger med er benevnt en ”*annen person, selskap eller innretning*”. Det gir imidlertid ikke noe mer, da skatteyder i seg selv er et snevrere begrep som for selskapene sin del kun innbefatter de selskap som har begrenset ansvar. Andre deltakerlignede selskaper er ikke egne skattesubjekter, og dermed ikke skatteyder, fordi beregningen av den skatten som faller på deltakerne foretas mot selskapet. Det vil imidlertid være deltakerne som får sin skatt justert. Om man i det hensende ser på

deltakerne som de som er i interessefellesskap, eller det deltakerlignede selskap, vil ikke gjøre noen forskjell.

Den nærstående part omfatter etter ordlyden de fleste rettssubjekter, så vel fysiske som juridiske³⁹. Etter praksis er kommuner omfattet⁴⁰. Deltakerlignede selskaper og bruttolignede sameier er også omfattet⁴¹.

I tilfeller av indirekte interessefellesskap må det følge av ordlyden at det subjektet som knyttet partene i låneavtalen sammen må kunne være av samme art som det nærstående.

Det må nok imidlertid stilles et krav til rettssubjektene at de driver virksomhet, da det kun er inntekt fra virksomhet som kan justeres. Det er nok lite praktisk med grenseoverskridende lån som ikke er ytt i næringsvirksomhet.

3.1.4 Fysiske personer

To fysiske personer kan være i interessefellesskap på bakgrunn av økonomisk tilknytting og slektskap eller vennskap. Det vil imidlertid være den økonomiske tilknytting som må være det sentrale moment for om det foreligger interessefellesskap. Den nærstående part må nok ha en faktisk innflytelse på skatteyters disposisjoner, eller omvendt. Slektskap eller vennskap vil kunne være en indikator på dette, men dersom ingen økonomisk tilknytting foreligger vil ikke partene kunne sies å være i interessefellesskap. Et nært slektskapsforhold, som foreldre barn vil imidlertid være et sterkt bevismessig moment for at det foreligger en økonomisk tilknytting. Men det er nok sjelden at et låneforhold over landegrensene oppstår i virksomhet mellom foreldre og barn hvor f.eks den ene er forsørget av den andre.

3.1.5 Juridiske personer

Skatteloven definerer ikke nærmere hva interessefellesskapet skal bestå i. I den ene enden har vi imidlertid helt klare tilfeller. Hvor et morselskap eier et datterselskap 100% er det ingen tvil om at de er i interessefellesskap. Hvor langt ned i eierskap det rekkes er

³⁹ Skaar mfl. *Norsk Skatteavtalerett* 346, 2006.

⁴⁰ Utv 2000-614, 700 pkt 3.3.7 LN SfS.

⁴¹ Skaar mfl. *Norsk Skatteavtalerett* 346, 2006.

imidlertid ikke klart. Det antas⁴² at eierandeler over 50% må normalt være tilstrekkelig, mens eierandeler under en tredjedel normalt ikke er tilstrekkelig. Kravet til eierandel vil etter dette reduseres jo større foretak og kapitalplasseringer det er snakk om. Andre forhold som berører kontrollen over selskapet, som aksjonæravtaler og vedtektsbestemmelser vil måtte tillegges betydning. Det må være det reelle og ikke det formelle interessefellesskap som er avgjørende.

Søsterselskap i samme konsern er utvilsomt i interessefellesskap. Det må gjelde uavhengig av hvem konsernspissen er. Også hvor dette ikke er et aksjeselskap.

Det er imidlertid ikke bare eierforhold som kan føre til interessefellesskap. Avtaleforhold mellom rettssubjektene kan i noen tilfelle føre til et avhengighetsforhold som oppfyller kravet om interessefellesskap. Dette må være et annet avtaleforhold enn den aktuelle låneavtalen. Avtalen må gi parten fordeler man normalt ikke får i et tilsvarende avtaleforhold. Det kan f.eks tenkes at A har tilnærmet monopol på fremstilling av noe B trenger i sin produksjon. B vil da kunne sies å være i et avhengighetsforhold som kan motivere en inntektsforskyvning som gjør det naturlig å si at A og B er i interessefellesskap. Det er tilsynelatende her interessemotsetningen mellom partene som gjør at de er i interessefellesskap. Det at A tar høye priser pga sin sterke stilling vil imidlertid ikke være nok.

3.1.6 Tilfeller hvor det foreligger delt eierskap

I tilfeller hvor eierforholdene til selskapene er slik at også andre enn de selskapene i interessefellesskap oppnår fordeler oppstår noen særspørsmål. Tilfellet kan være at et norsk selskap A låner ut penger rentefritt til et utenlandsk selskap B hvor A har 90% eierandel. Her er utvilsomt interessefellesskapsvilkåret oppfylt. Men her vil også selskap C med 10% eierandel nyte godt av at B får tilfylt rentefri kreditt. Slik at for As del vil 10% av de rentene det unnlater å kreve gå tapt i den forstand at den økte inntekten hos B kommer også C til gode. Hvis skattebesparelsen på å slippe å betale skatt med 28% på renteinntekten i Norge, men isteden på Bs økte inntekter i hjemlandet, er mindre en tapet ved at C får del i

⁴² Arvidsson, *Dolda vinstöverförningar-En skatterettslig studie av internprissättningen i multinationella koncerner* 179, 1990, Skaar mfl. *Norsk Skatteavtalerett* 348, 2006.

fordelen B får, er det et spørsmål om det er plass til reglene om internprisning. For det norske skatteprovenyet er det imidlertid ingen forskjell om A tjener eller taper på transaksjonen pga delt eierskap. I utgangspunktet skulle man tro at A ikke ville inngå i en slik transaksjon, men det kan ikke utelukkes. Det kan ligge årsaker som ikke er helt i dagen. F.eks dersom selskap B driver oljevirksomhet i hjemlandet, og det er strategisk viktig for A å være representert der for senere utdelinger av områder osv. Det bør etter min mening derfor legges mindre vekt på forretningsmessigheten av skatteyterens transaksjon for at skatteprovenyet ikke skal lide under at skatteyters motiver er noe annet enn det tilsynelatende forretningsmessige på kort sikt.

3.2 Vilkåret om reduksjon av formue eller inntekt.

3.2.1 Innledning

For å forhøye debtors inntekt eller formue ved skjønn etter §13-1 er det ikke nok at debitor er tilført fremmedkapital fra nærstående eller ved hjelp av garanti. Det må konstanteres at selskapets inntekt eller formue er ”reduisert” som følge av selskapsfinansieringen med fremmedkapital. I de saker som har vært oppe i praksis er det som regel⁴³ dette som har vært hovedproblemstillingen.

3.2.2 Formuesskatteplikten for aksjeselskaper og lignende selskaper er bortfalt.

Reglene om tynn kapitalisering kommer bare til anvendelse der debitor er en selvstendig juridisk person. Det er mest praktisk for aksjeselskaper og andre selskaper med begrenset ansvar.

Etter skattereformen av 1992 bortfalt plikten for aksjeselskaper og likestilte selskaper til å betale formueskatt av formuen til selskaper hjemmehørende i Norge. Behovet for å forhøye debtors formue for skatterettslige formål er derfor bortfalt for disse rettssubjektene.

3.2.3 Inntektsreduksjon

I tilfelle at debtors egenkapitalprosent er under det kravet man setter til egenkapitalen vil normalt debtors inntekt være redusert. Den direkte årsaken til inntektsreduksjonen er at

⁴³ Skaar mfl. *Norsk skatteavtalerett* 498, 2006.

debitor får fradrag i inntekten for gjeldsrenter og eventuell disagio av den del av gjelden som skyldes interessefellesskapet som overskyter den gjelden debitor kan ha i en armlengdesituasjon. I Skaar⁴⁴ hevdes det at underkapitaliseringen da er den indirekte årsak til reduksjonen. Jeg mener at å skille mellom dette har lite for seg. At gjeldsrentene kan fradras skyldes jo systemet i norsk skatterett. Mens faktisk er det kapitalstrukturen som er den direkte årsak til reduksjonen. Om man kaller det direkte eller indirekte har neppe noen betydning for løsningen av rettsspørsmålene. For å avgjøre om reduksjonsvilkåret er oppfylt, vil man måtte gå veien om en lånekapasitetsvurdering. Denne behandles særskilt i kapittel 4.

3.2.4 Inntektsreduksjon ved garanterte lån.

Kun i de tilfelle der debitor pga av garantien har kunnet låne et høyere beløp enn ellers mulig, er det aktuelt med skjønnsfastsettelses av inntekten. Dersom debitor har oppnådd lavere rentesats pga garantien, men ikke har lånt ut over lånekapasiteten er inntekten øket, ikke redusert.

Et annet tilfelle er der debitor har kunnet låne mer pga av garantien og samtidig fått bedre vilkår enn han ellers ville fått. Dersom hele lånet er basert på garantien bortfaller problemstillingen da inntekten klart er redusert med hele rentefradraget.

Det er i tilfeller hvor en debitor hadde vært i stand til å ta opp en del av lånet på egen hånd, og trengt garantien til resten hvor renten på den delen av lånet som ligger innenfor debitors lånekapasitet er lavere enn han ville fått uten garantien. Dette har vært oppe i ligningspraksis flere ganger⁴⁵. Dette kan best illustreres med et eksempel. Debitor A låner 100 til rente sats 5 av bank C, som forutsetning for lånet får C en garanti av A's morselskap B. A's lånekapasitet var 50, men da ville renten være uten garanti være 7% pga høyere risiko for C. Uten garantien ville altså A kunne trekke fra renter på 3,5 med garantien ville fradraget være 5. Vi ser her at inntekten kun er redusert med 1,5. Det ville være lite rimelig i dette tilfellet om debitor skulle få sin inntekt økt med 5 som er samlet rentefradrag på

⁴⁴ Skaar mfl. *Norsk skatteavtalerett* 499, 2006.

⁴⁵ PSK-1989-1002-A.

lånet de facto. Her ser vi at reduksjonsvilkåret og årsakssammenhengvilkåret henger nær sammen også.

Et spørsmål som reiser seg ut fra dette er om man i vurderingen av hva som ville vært en armlengderentesats uten garantier, må ta hensyn til den økte egenkapital selskapet måtte hatt for å få lånt resten av beløpet. Det vil i eksempelet da måtte legges til grunn at de 50 som overskrider lånekapasiteten må anses som egenkapital, og så beregnes en armlengderente på de 50 som lånes. Dette vil være komplisert å beregne, men det har det stort sett til felles med alle beregninger etter armlengdeprinsippet. Det er tilsynelatende enighet i teorien om at dette må foretas⁴⁶.

Et problem til som oppstår da er at dersom man legger til grunn at egenkapitalen er 50 høyere, kanskje selskapet vil kunne låne mer enn de 50 de kunne med sin reelle egenkapital. Slik at får å oppnå 100 mer i kapital, vil det holde med 40 i egenkapital for å få 60 i lånekapital. Dette spørsmålet er så vidt vites ikke behandlet i praksis, men kan tenkes anført i en sak.

3.3 Årsakssammenheng

Som nevnt ovenfor er det krav til årsakssammenheng mellom interessefellesskapet og reduksjonen i formue eller inntekt. I teorien er synet delt på om det kan kalles et selvstendig vilkår, eller om det ligger innbakt i reduksjonsvilkåret. Dette er jo bare oppfylt dersom reduksjonen skyldes interessefellesskapet, slik at inntekten ville vært høyere i en tilsvarende situasjon uten interessefellesskapet. Dette har ikke selvstendig betydning⁴⁷ da det ikke lar seg gjøre å fastslå formues eller inntektsreduksjon uten å ha konstantert tilstrekkelig årsakssammenheng⁴⁸. I *Scribona*⁴⁹ er drøftelsen av vilkårene uttrykkelig slått sammen, men kun med henvisning til denne saken. Om man ser det på den ene eller andre

⁴⁶ Fløystad, "Tynn kapitalisering – spørsmålet om skattemessige krav til egenkapitalfinansieringen av utvinningsvirksomhet på norsk kontinentalsokkel" og Skaar mfl. *Norsk skatteavtalerett* 500, 2006.

⁴⁷ Skaar mfl. *Norsk skatteavtalerett* 501, 2006.

⁴⁸ Fløystad, "Tynn kapitalisering – spørsmålet om skattemessige krav til egenkapitalfinansieringen av utvinningsvirksomhet på norsk kontinentalsokkel" motsatt.

⁴⁹ Utv 2004-685, Borgarting lagmansrett, *Scribona*.

måten har neppe betydning for avgjørelsen av om vilkårene for skjønnsfastsettelse foreligger.

3.4 Typer av lån

3.4.1 Innledning

Flere forskjellige typer av lån kan rammes av reglene om tynn kapitalisering, også hvor lånet isolert sett er fra en uavhengig långiver. I det følgende behandles noen typer.

3.4.2 Direkte lån

Det typiske vil være lån fra et morselskap eller et søsterselskap. Dette kalles direkte lån. Dersom selskapet er finansiert med en høyere andel lånekapital enn det ville vært i stand til å oppnå i det ordinære markedet, er vilkåret oppfylt.

3.4.3 Lignende lån

Det finnes flere tilfeller som er nært beslektet med direkte lån, men hvor kreditor og debitor ikke selv er nærstående.

3.4.3.1 Garanterte lån

Undertiden har debitor tatt opp lån hos en uavhengig långiver som har fått en garanti fra et nærstående selskap av debitor. Da vil lånet også være basert på garantistens, og ikke bare debtors lånekapasitet. Dersom debtorselskapet her opererer med en lavere egenkapital enn hva det ville kunnet oppnå uten garantien vil dette rammes av skattelovens internprisingsregel, og kunne føre til skjønnsfastsettelse. § 13-1 krever ikke at interessefellesskapet foreligger mellom debitor og kreditor, dette følger direkte av ordlyden. Formålet med bestemmelsen krever dette, da det ellers ville være lett å unngå regelen.

3.4.3.2 Garantiens karakter

Fra kontraktsretten kjenner vi til mange typer av garantier, fra det sikre juridisk bindene som selvskyldnerkausjon, til mer løse arrangementer som trøstebrev, letters of comfort og lignende⁵⁰.

Dersom garantien er juridisk bindene og nedfelt i et skriftlig dokument er det klart at skjønnsfastsettelse etter § 13-1 kan foretas. Det vanlige er at garantisten garanterer for lånebeløpet. Undertiden kan garantisten forplikte seg ovenfor långiver for debtors inntekter isteden, ved f.eks forplikte seg til å kjøpe debtors produkter. Her tilsier reelle hensyn og formålet med bestemmelsen, at dette må likestilles med garantier for lånet. Det må være kreditors interesse av garantien som må være avgjørende.

En annen type garanti er den eksplisitte, men ikke juridisk bindene. Dette er f.eks hvor morselskapet ovenfor kreditor gir uttrykk for at de er klar over låneopptaket, men uten å stille noen bindene garanti. Dette kalles gjerne ”trøstebrev, letters of comfort, letters of awerness eller lignende.” I norsk rett er det visstnok⁵¹ ikke kommet opp hvorvidt debitor er underkapitalisert hvor garantier av denne typen har ligget til grunn for låneopptaket. Her bør det legges vekt på hvilken vekt kreditor har lagt på garantien, ikke formen. Det vil være naturlig å anta at dersom debitor er underkapitalisert er det garantien som har gjort låneopptaket mulig. Da kan skatteavtalens internprisingsregel kunne benyttes.

Et tredje tilfelle kan tenkes hvor det ikke foreligger verken juridisk bindene garantier eller annen form for garanti, men hvor et interessefelleskap allikevel har medført at debitor er underkapitalisert. F.eks ved at långiver har lagt avgjørende vekt på morselskapet sterke stilling, og lånt ut penger i den tro at morselskapet vil sørge for at debtors forpliktelser vil bli oppfylt. For morselskapet vil det normalt være negativt at et datterselskap misligholder sine forpliktelser eller går konkurs. Dette kan gi seg utslag i konsernregnskapet, kredittvurderinger, morselskapets aksjonærers tillit til selskapsledelsens håndtering av selskapsporteføljen osv. Dersom det er på det rene at debitor er tynt kapitalisert er det nærliggende og anta at långiver har lagt vekt på disse forhold, og gitt lån i tillit til hjelp fra

⁵⁰ Røsæg, Garantier eller fattigmannstrøst? Støtteerklæringer av typen ”comfort letters”, 1992.

⁵¹ Skaar mfl. *Norsk skatteavtalerett* 496 flg, 2006.

konsernet dersom debitor ikke klarer å overholde sine forpliktelser. Det holder nok allikevel ikke med kun en teoretisk mulighet⁵². Å i ettertid fastslå hva kreditor har lagt vekt på ved långivelse i et slikt tilfelle vil nok fremstå som vanskelig å avgjøre.

Et fjerde tilfelle er der en uavhengig kreditor har fått en garanti fra en uavhengig person. I disse tilfellene må normalt kapitalstrukturen godtas selv om den objektivt sett ikke fremstår som forretningsmessig rimelig og naturlig⁵³. Normalt er en slik garanti et formuesgode debitor må betale for. Et annet typisk tilfelle er statsgaranti. Her vil normalt heller ikke interesseforhold mellom staten og debitor foreligge, med mindre statsgarantien er en del av statens egen næringsvirksomhet.

3.4.3.3 Indirekte garanti

En kapitaliseringsform som er en mellomting mellom direkte lån og garanterte lån er *back-to-back* lån⁵⁴. Dette er tilfeller hvor typisk morselskapet yter et lån, eller et innskudd, (dette er de facto det samme) til en uavhengig långiver, som så yter et lån til debitor (datterselskapet). Dette spørsmålet har visstnok ikke vært oppe i norsk lignings eller rettspraksis⁵⁵. Imidlertid vil ordlyden i § 13-1 også kunne ramme dette tilfellet da det er ”interessefellesskapet” som har muliggjort belåningen. Reelle hensyn taler også sterkt for å likestille denne form for arrangement med direkte lån og garanterte lån for å unngå at denne modellen blir brukt for å unngå skjønnslikning etter §13-1. Dette må anses som gunstigere enn å anvende en ulovfestet omgåelsesregel på tilfellet. En forutsetning for skjønnslikningen vil være at den første transaksjonen, (mellom morselskap og långiveren) har vært en forutsetning for lånet til datterselskapet. Den trenger allikevel neppe tidmessig komme i denne rekkefølgen.

⁵² Fløystad, ”*Tynn kapitalisering – spørsmålet om skattemessige krav til egenkapitalfinansieringen av utvinningsvirksomhet på norsk kontinentalsokkel*”.

⁵³ Utv 1992-157, 158 PSK.

⁵⁴ Skaar mfl. *Norsk skatteavtalerett* 496 flg, 2006.

⁵⁵ Samme som over.

3.4.3.4 Delvis finansiering

Det holder at debitor delvis er finansiert med fremmedkapital som er tilført enten direkte eller ved garanterte lån for at debtors formue eller inntekt skal kunne forhøyes etter §13-1. Dersom debitor er tynt kapitalisert, men ikke har mottatt fremmedkapital fra nærstående eller gjennom garanterte lån vil bestemmelsen ikke komme til anvendelse.

3.5 Grenseoverskridende lån med norsk kreditor

3.5.1 Innledning

En annen form for tynn kapitalisering er hvor kreditor hjemmehørende i Norge har ytt rentefrie eller lån med rente under markedsrenten til datterselskap i utlandet. Her oppstår spørsmålet om §13-1 kan benyttes til å forhøye kreditors renteinntekt ut fra hva han ville fått i en armlengdesituasjon. For å avgjøre dette må en se på om debitor hadde vært i stand til å ta opp de aktuelle lån fra uavhengige långivere. Dette er en problemstilling som først kom opp i ligningspraksis på 90-tallet. Internprisingsregelen⁵⁶ i skatteloven har ikke vært benyttet til dette tidligere.

At behovet har meldt seg på dette tidspunkt, henger trolig sammen med at først da begynte det å bli vanlig at norske konsern hadde vesentlige eierinteresser i utlandet.

I *Freia*⁵⁷ ble det fastslått at denne ikke-bruk ikke sperret for at praksis ble innskjerpet. Det har vært antatt at dette lå innenfor ligningsmyndighetenes og domstolens kompetanse.

3.5.2 Omgjøring til egenkapital

Dersom debitor er tilført rentefrie lån kan det spørres om dette egentlig er egenkapital slik at datterselskapet i tilfelle er tykt kapitalisert. I *Nycomed*⁵⁸ sier ettertrykkelig Lagmannsretten at man må legge vekt på ”hvilken karakter kapitaltilførselen i realiteten har”, man kan ikke gjøre det om til egenkapital i ettertid fordi man kunne ha tilført egenkapital i utgangspunktet. Man er altså bundet av den formen man har valgt, som vanlig

⁵⁶ Skaar mfl. *Norsk skatteavtalerett* 502, 2006.

⁵⁷ Utv 1997-816, 819 URD *Freia*.

⁵⁸ Utv 1999-540, LRD, *Nycomed*.

er det skatteyters risiko å feilberegne de skattemessige konsekvensene av sine transaksjoner.

3.5.3 Vilkår for skjønnsfastsettelse

Det er de samme vilkårene som gjelder etter skattelovens § 13-1. Det vilkåret som innebærer nye momenter i forhold til drøftelsen av vilkårene over er inntektreduksjonsvilkåret. Det må avgjøres i hvilke tilfeller kreditors formue eller inntekt er redusert, i motsetning til tidligere hvor det har vært debtors formue eller inntekt som har vært redusert. For at debitor i det hele tatt i en armlengdesituasjon skal kunne ha opptatt lån vil han måtte ha lånekapasitet.

3.5.4 Lånekapasitet

Man kan hevde at i en armlengdesituasjon ville kreditor å funnet seg en annen låntaker, som ihvertfall hadde hatt lånekapasitet, slik at skjønnsfastsettelsen må basere seg på denne. Da f.eks industriselskaper ofte ikke driver utlån til uavhengige selskaper, vil man kunne si at i en armlengdesituasjon må være at de plasserer pengene der de får best mulig avkastning innenfor en rimelig sikkerhet. Dette vil klart være å dra det for langt. Det må være transaksjonen som er foretatt som må ligge til grunn. Ikke andre hypotetiske transaksjoner.

Det må da være debtors stilling som legges til grunn, dersom han ikke har lånekapasitet ville heller ikke kreditor oppnådd renter dersom interessefellesskapet tenkes bort.

3.5.5 En prosessuell bemerkning.

Mindretallet i lagmannsretten har i *Nycomed*⁵⁹ sett det som innenfor sin kompetanse å prøve spørsmålet om lånekapasitet fullt ut da dette er rettsanvendelsesspørsmål når det gjelder om vilkårene for skjønnslikning foreligger⁶⁰. Dette er derimot tilsynelatende i strid med flertallets syn i *Nycomed*⁶¹:

⁵⁹ Utv 1999-540, LRD, *Nycomed*.

⁶⁰ Skaar mfl. *Norsk skatteavtalerett* 503, 2006.

⁶¹ Utv 1999-540, LRD, *Nycomed*.

”Flertallet er enig med byretten i at den nærmere fastsettelsen av lånekapasitet, og dermed hvor stor del av lånene som skal rentebelastes, beror på et skjønn hvor forvaltningens vurdering bare i begrenset utstrekning kan overprøves av domstolen. Flertallet er også enig med byretten i at kompleksiteten i avgjørelsen tilsier at man må kunne akseptere et relativt grovt skjønn.” Det som menes her må imidlertid være lånekapasitetsvurderingen etter at det er fastlagt at vilkårene for skjønnsligning foreligger. Dette kunne gått klarere frem av flertallets votum.

Hvor langt den siste uttalelsen rekker er noe usikkert. Dette er saker hvor det i særlig grad er snakk om store beløp, kanskje noe av de største vi kjenner fra ligningssaker. Å tillate et *”relativt grovt skjønn”* vil kunne føre ganske så galt av sted. Man mener muligens at dersom skjønnets virker forsvarlig har man som domstol lite lyst til å skulle avgjøre om det på området faktisk kompetente organ har kommet til.

3.5.6 Rekkevidden av armlengdeprinsippet

Debitors lånekapasitet kan være svekket pga av interessefellesskapet. Et annet konsernselskap kan f.eks ha kjøpt varer og tjenester billig, eller ha solgt dem dyrt til debitor. Debitors svake kapitalstruktur må følge av objektivt konstaterbare forhold⁶². Her må nok armlengdestandarden også legges til grunn for hvordan lånekapasiteten ville vært uten interessefellesskapet. Dette vil fort kunne medføre meget kompliserte vurderinger. Man risikerer i prinsippet å måtte foreta flere avgjørelser tilsvarende skjønnsfastsettelse etter § 13-1 på en mengde transaksjoner for å se om lånekapasiteten er svekket. Her vil man dog få noe hjelp av regelen om presumsjon og snudd bevisbyrde i §13-1 (2).

3.5.7 Andre inntektsøkende posisjoner for kreditor

Når debitor slipper å betale rente, øker inntekten. Det vil igjen normalt føre til at utbyttegrunnlaget og verdien av selskapet øker. Kreditors manglende inntekt som følge av mangel på renteberegning kan her bli kompensert av skatt på utbytte eller skatt på gevinst ved realisasjon. En uttalelse fra Finansdepartementet⁶³ gjør det derimot klart at man ikke

⁶² Utv 1995-1065, 1068 FIN.

⁶³ Utv 1997-895, 898 FIN.

kan ta hensyn til dette. Det følger av en lagmannsrettsdom *Emilsen*,⁶⁴ at inntekter av forskjellig kategori må behandles separat i forhold til reduksjonsvilkåret. Slik at mulighet for senere beskatning av beløp som stammer fra samme kilde ikke utelukker skjønnsfastsettelse.

3.5.8 Omgjøring fra lån til egenkapital

Dersom debitors lånekapasitet er overskredet vil det⁶⁵ være akseptabelt at norske lingningsmyndigheter betrakter det overstående som egenkapitaltilskudd for skattemessige formål etter armlengdestandarden. Det kan imidlertid ikke beregnes utbytteskatt på overskudd ut fra denne egenkapitalen på kreditors hånd, da det er opp til selskapet å beslutte utbytte, eller om overskuddet skal benyttes i driften⁶⁶.

3.5.9 Lånekapasiteten oppbrukt ved annet internlån.

Et spørsmål som reiser seg er der debitors lånekapasitet er oppbrukt med lån fra en annen kreditor man er i interessefelleskap med. Vil da dette lånet gå på bekostning av lånekapasiteten som er nødvendig for å skjønnsfastsette inntekten for kreditor i Norge? Dersom man skulle ta hensyn til slike lån, vil man få et spørsmål om hvilket lån som kom først, og dermed er innenfor lånekapasiteten, mens det som er tatt opp sist ikke er det. Dersom lånene er yttet av debitor i forskjellige land vil dette være avgjørende for hvilket land som kan sette opp inntekten til kreditor. En måte å løse de kollisjonene som her oppstår med fare for dobbeltbeskatning, eller ingen beskatning, er å forholdsmessig fordele lånene innenfor lånekapasiteten. Det er lite å hente i ordlyden i § 13-1 for å løse dette spørsmålet.

I en dom fra Oslo Byrett, *Statoil Angola*⁶⁷ var dette nettopp tilfellet. Statoil ASA, skattyteren, hjemmehørende i Norge hadde ytt et rentefritt lån til et datterselskap hjemmehørende i Angola. Dette selskapet hadde også mottatt lån fra et annet

⁶⁴ Utv 1991-69, 73 LRD.

⁶⁵ Skaar mfl. *Norsk skatteavtalerett* 504, 2006.

⁶⁶ Utv 1997-895, 898 FIN.

⁶⁷ Utv 2005, 551 URD, *Statoil Angola* (navngitt her).

konsernselskap hjemmehørende i Belgia. Statoil ASA nådde ikke fram med at lånekapasiteten måtte anses utømt ved lånet fra det belgiske selskapet, da dette lånet kunne vært tatt opp eksternt. Domstolen var enig i ligningsmyndighetenes behandling som hadde fordelt lånet forholdsmessig og beregnet renteinntekt på den del som etter dette tilfalt skattyter. Det er ingen tvil om at hvis det faktisk var slik at lånet tatt opp fra det belgiske konsernselskapet hadde vært tatt opp av en uavhengig långiver, ville skattemyndighetene måtte godta at lånekapasiteten var oppbrukt. Her som ellers følger det imidlertid av realitetsdoktrinen nedfelt i regelverk, teori og praksis at det er den transaksjonsform selskapene har valgt som skal legges til grunn.

3.5.10 Kreditorselskapet medvirkende til manglende lånekapasitet

Det kan tenkes tilfeller hvor skatteyter selv har skyld i debtors manglende lånekapasitet. Debitor kan ha solgt varer og tjenester til underpris eller kjøpt varer og tjenester til overpris enten til kreditor selskapet eller andre selskap i interessefelleskap. Dette er ikke ettertrykkelig regulert, og har så vidt vites heller ikke vært oppe i praksis. Det må imidlertid være rimelig klart at sterke hensyn taler for at det da må beregnes hvordan debtors lånekapasitet ville vært dersom transaksjonene hadde vært foretatt etter armlengdeprinsippet. Disse transaksjonene kan og tenkes rammet av internprisingsregel i § 13-1 på selvstendig grunnlag. Finansdepartementet har behandlet dette tilfellet i en uttalelse; ”*Svak finansiell stilling i datterselskapet vil imidlertid ikke kunne utelukke full inntektsjustering etter skatteloven § 54 første ledd i de tilfeller morselskapet underpriser varer eller tjenester som overføres til datterselskapet. Tilsvarende vil gjelde dersom morselskapet betaler overpris for varer eller tjenester mottatt fra datterselskapet.*” Det kan neppe være grunnlag for å begrense denne setningen til transaksjoner med morselskapet, det må gjelde alle transaksjoner med selskaper i interessefelleskap.

3.6 Tilleggsvilkår utover de lovbestemte

I rettspraksis er det undertiden fra skatteyter vært hevdet ytterligere vilkår enn de tre lovbestemte. I Freia⁶⁸ ble det anført fra skatteyter at det foreligger et ulovfestet vilkår om

⁶⁸ Utv 1997-816, URD, Freia.

illojalitet fra skattyters side. Dette ble riktignok bare hevdet under ligningsbehandlingen, men domstolen tok allikevel stilling til at ikke noe kunne støtte en slik tolkning.

I Dyno⁶⁹ ble det anført at det måtte konstanteres et ”markant avvik”, dette ble av retten med henvisning til Syversen⁷⁰ tilbakevist. Retten så det som innenfor ligningsmyndighetenes skjønnsutøvelse. Avvikets størrelse ble sett på som et bevisvurderingsspørsmål.

4 Lånekapasitetsvurderingen

4.1 Innledning

Ved skjønnsfastsettelse etter skattelovens internprisingsregel i de to lånesituasjonene, vil det være behov for å fastsette debtors lånekapasitet for å avgjøre om denne er overskredet. Det er hvis debtors lånekapasitet er overskredet for en skatteyder hjemmehørende i Norge at fradrag for renter og gjeld kan nektes for den delen som overskrider lånekapasiteten. I tilfeller med debitor i utlandet som er tilført rentefritt lån fra skattyter i Norge er det nødvendig at lånet er innenfor debtors lånekapasitet for at renter og formue skjønnsmessig kan tillegges skattyter.

Ved hjelp av armlengdestandarden finner man ut om lånekapasiteten er overskredet. Det gjøres ved å se hva slags egenkapital debitor må ha for å kunne ta opp lånet fra en uavhengig lånetaker uten garantier, osv. Dette kalles egenkapitalkravet. Dersom debtors faktiske egenkapital er mindre enn dette vil debitor være tynt kapitalisert.

Som vi skal se på er det ikke bare debtors egenkapital som er avgjørende for lånekapasiteten. Debtors framtidige inntektsevne vil og ha stor betydning for lånekapasitetsvurderingen. Dersom debitor har gode utsikter for store framtidige inntekter

⁶⁹ Utv 1999-849, URD, *Dyno*.

⁷⁰ Syversen, *Skatt på petroleums utvinning* 181, 1991.

vil det tilsi at egenkapitalkravet blir mindre, eller lånekapasiteten større alt etter hvordan man ser på det.

Lånekapasiteten som vilkår enten for eller mot skjønnsfastsettelse faller inn under inntektsreduksjonsvilkåret i sktl § 13-1.

4.2 Samme lånekapasitetsvurdering i tilfeller av innkommende og utgående lån.

I de to typer saker vi her har sett på, vil det henholdsvis være norsk debitor i det første tilfellet og norsk kreditor i det andre tilfellet som kan skjønnsignes etter skattelovens § 13-1. I det første tilfellet vil selskapet være interessert i å argumentere for så høy som mulig lånekapasitet for sin egen del, mens i det andre tilfellet lav lånekapasitet for debitorselskapet. Ligningsmyndighetene vil også ha motstridene (provenymessige) interesser i de to tilfellene. Det kan tenkes at ligningsmyndighetene derfor inntar standpunkter som ikke er konsistente. Retningslinjene⁷¹ sier imidlertid at vurderingene i utgangspunktet skal være de samme om debitor er et selskap hjemmehørende i Norge eller i utlandet. Det tilsier at rettskildene ved saker om innkommende lån har samme relevans i saker om utgående lån.

Lånekapasiteten skal allikevel vurderes ut fra den transaksjon som faktisk har funnet sted⁷², dvs at det er den aktuelle transaksjon minus interessefellesskapet som ligger til grunn for vurderingen. Av det følger at vurderingen kan bli farget av at kreditorer hjemmehørende i forskjellige stater kan vurdere lånekapasiteten forskjellig. Man må her altså basere seg på vurderingen i kreditors hjemstat, hvilket ved inngående lån da blir mer komplisert.

4.3 Tidspunktet for vurderingen av lånekapasiteten

Lånekapasiteten til et selskap forandrer seg fra år til år og også innenfor det enkelte år. Alt fra fremtidige inntjeningsmuligheter, nye kontrakter, pris på olje osv, er ting som forandrer dette. Det er bare å se på aksjekursen på børsen som antakelig i en viss grad gjenspeiler et

⁷¹ OECDs retningslinjer 1, pkt 184.

⁷² OECDs retningslinjer 1, pkt 1.36.

selskaps inntjeningsmuligheter. Før man vurderer lånekapasiteten må man derfor fikse et tidspunkt for denne vurderingen.

Etter praksis⁷³ er det debtors lånekapasitet på det tidspunkt den aktuelle ligning gjelder for som skal benyttes. Er debtors lån tatt opp det aktuelle år må tidspunktet for låneopptaket være vurderingstidspunktet. For senere år må derimot lånekapasiteten i det enkelte år være tidspunktet for vurderingen. Det skal også tas i betraktning dersom lånekapasiteten og gjelden svinger i løpet av året, slik at kun renter fra de periodene og den grad lånekapasiteten er overskredet kan tillegges kreditor. Hvilke opplysninger som kan benyttes i forhold til tidsperspektivet vil bli behandlet under.

4.4 Konserntilknytning på debtorsiden.

4.4.1 Innledning

For å avgjøre om skatteyter kan skjønnsignes etter sktl § 13-1 må man i lånekapasitetsvurderingen se bort fra det interessefellesskapet som består mellom kreditor og debitor, eller debitor og garantist, som i seg selv er et vilkår for skjønnsfastsettelsen. Da melder spørsmålet seg om man skal ta hensyn til at debitor overhodet er tilknyttet et konsern. Som antydnet ovenfor, vil konserntilknytningen kunne gi debitor en høyere lånekapasitet ved at kreditor legger vekt på at andre konsernselskaper trer støttende til. Et annet moment er de synergieffekter konserntilknytningen generelt antas å gi.

4.4.2 Muligheten for støtte fra andre konsernselskaper

Som nevnt ovenfor vil det være mulig kreditor legger vekt på muligheten for at andre konsernselskaper trer støttende til dersom debitor skulle misligholde. Mislighold og konkurs vil medføre dårlig publisitet for konsernet. Man vil kunne få spekulasjon om konsernet ikke har finansiell styrke til å redde selskapet. Dette vil kunne gå ut over aksjekurs og kreditverdigheten til konsernet som helhet. Det er normalt for uavhengig långiver å legge en viss vekt på dette⁷⁴, til tross for at han ikke får eksplisitte eller forpliktende garantier fra konsernselskapet. Dersom det er på det rene at et lån er gitt pga

⁷³ Utv 2004-685, Borgarting lagmannsrett, *Scribona*.

⁷⁴ Skaar mfl. *Norsk skatteavtalerett* 508, 2006.

av interessefellesskapet, f.eks ved at kreditor har fått en garanti fra morselskapet, oppstår spørsmålet om det ved lånekapasitetsvurderingen skal tas hensyn til at kreditor har lagt vekt på muligheten for at andre konsernselskaper skal tre støttende til.

Ifølge armlengdestandarden skal interessefellesskapet tenkes vekk, men det er interessefellesskapet konkret, ikke at debitor tilhører et konsern. For å finne ut etter armlengdestandarden hva debtors lånekapasitet er, vil nettopp dette måtte tas med i beregningen. Det er naturlig å anta at debtors konsernsituasjon er et av de momentene en uavhengig långiver legger vekt på. Det er ingen tvil om at nyere rettspraksis har tatt høyde for dette. I lagmannsrettsdommen *Nycomed*⁷⁵ uttaler mindretallet, med på dette punkt tilslutning fra flertallet: *”Det tilføyes at det ved vurderingen av om det forelå lånekapasitet, etter rettens syn er relevant også å legge en viss vekt på datterselskapenes konserntilknytning,”* og videre *”Selv om man må ta utgangspunkt i datterselskapenes egen finansielle situasjon, kan man ikke se bort fra at tilknytningen til et solid internasjonalt konsern ville hatt en positiv effekt for en ekstern långivers vurdering av datterselskapenes kredittverdighet.”*

Det samme synspunkt legges til grunn i en tingrettsdom, *Dyno*⁷⁶. Her går man inn på at selv om ikke konsernselskapet har noen juridisk plikt til å yte økonomisk bistand, blir det i praksis gjort, slik at en uavhengig långiver vil legge vekt på dette.

I eldre rettspraksis er synet et annet⁷⁷. Heller ikke eldre ligningspraksis⁷⁸ tar hensyn til konserntilknytningen i skjønnsutøvelsen. Det er ikke i de nevnte avgjørelser ettertrykkelig tatt avstand fra å legge vekt på konserntilknytningen, men det er altså ikke gjort.

Avgjørelsene bærer preg av å være gjengivelse av ligningsmyndighetenes behandling hvor man har laget noen egne retningslinjer for skjønnnet som blir benyttet. De nyere avgjørelsene som tar hensyn til konserntilknytningen er mer selvstendig begrunnet, og det må være nokså klart at gjeldene rett i dag må bygge på det syn som er kommet frem i disse. Mangel på Høyesterettsavgjørelser på dette området må nok her isolert sett øke vekten av

⁷⁵ Utv 1999-540, LRD, *Nycomed*.

⁷⁶ Utv 1999-849, URD, *Dyno*.

⁷⁷ Utv 1989-304, URD, *Amoco I*.

⁷⁸ PSK 1986-1110-A pkt 4.2.3, PSK 1987-0330-B pkt 4.2.2.

lagmannsrettsdommene. Det må anses å være akseptert at konsernselskaper da befinner seg i en annen stilling enn uavhengige selskaper. Det er allikevel viktig å sonde mellom de effekter den passive konserntilknytningen gir, og effekter av aktive handlinger fra andre konsernselskap, så som garanti, og lignende.

4.4.3 Synergieffekter

Når flere selskaper er organisert i et konsern vil det normalt oppstå synergieffekter. Dette kan være fordi selskapet får tilgang til konsernets kanaler for varer, tjenester, salg og know-how, som et uavhengig selskap ikke ville fått tilgang til. Dette er noe av poenget med å organisere selskaper i konsern og kan ikke løsrives fra dette.

Man må allikevel kunne kreve disse effektene fordelt etter armlengdestandarden slik at evt økning av lånekapasiteten til et selskap i konsernet står i forhold til selskapets stilling i konsernet. Retningslinjene⁷⁹ viser et eksempel hvor en tjeneste utført for et annet konsernselskap kommer debitorselskapet til gode gjennom synergieffekter:

”I enkelte tilfelle vil en konsernintern tjeneste utført av en konsernenhet, som for eksempel en aksjeeier eller en koordineringssentral, kun relatere seg til enkelte konsernenheter, men medføre indirekte fordeler for andre konsernenheter,” ” Slike aktiviteter kan utgjøre konserninterne tjenester overfor de bestemte konsernenheter som er involvert, eksempelvis de konsernenheter som vil foreta ervervet eller nedlegge en av sine divisjoner, men de kan også gi opphav til økonomiske fordeler for øvrige konsernenheter som ikke er involvert i beslutningsformålet, gjennom økt effektivitet, økte stordriftsfordeler eller andre synergier. Slike indirekte fordeler vil normalt ikke medføre at disse konsernenheter behandles som om de har mottatt konserninterne tjenester, siden uavhengige selskaper normalt ikke ville være villige til å betale for de aktiviteter som gav opphav til fordelene.” Det må kunne antas at effekten av slike tjenester vil øke lånekapasiteten til debitor, selv om selskapet ikke direkte har mottatt en tjeneste selv.

⁷⁹ OECDs retningslinjer 1, pkt 7.12.

Retningslinjene⁸⁰ har et eksempel til: *”Eksempelvis er ingen tjeneste mottatt dersom et nærstående foretak, utelukkende på grunn av sin tilknytning, har en høyere kredittvurdering enn dersom det ikke hadde slik tilknytning.”* Dette fremstår som resultatet av punktet over. Synergieffekter og know-how var også fremme i Dyno⁸¹ hvor det oppsummeres med at: *” det er helt klart at et datterselskap med et sterkt og ledende konsern som eneste aksjeeier, vil ha bedre lånemuligheter enn et selskap uten slik tilknytning.”* Dette gir uttrykk for norsk rett på området. Det er imidlertid vanskelig å gå fra generelle utsagn som dette til hvilken betydning det skal gis i kroner og øre for den enkelte debitor.

4.4.4 Oppsummering konserntilknytning på debitorsiden

Rettspraksis⁸² samt uttalelser⁸³ kan se ut som de ikke skiller mellom den muligheten det er for at et konsernselskap trer støttende til, og den driftsfordelen konserntilknytningen gir. Det er da tydelig at de er behandlet på samme måte, dvs at begge kan legges til grunn. Men det er stort sett på et lavere nivå i ligningsbehandlingen at den kvalitative skjønnsutøvelsen foretas. Her vil det antakelig være gunstig å klart skille mellom disse momentene i lånekapasitetsvurderingen. Dersom man oppskriver lånekapasiteten med et samlet beløp fordi selskapet tilhører et konsern, vil det virke som noe mer tilfeldig enn om man går inn å konkret posterer dette som to forskjellige momenter.

Dette vil i retten være situasjoner hvor man må legge stor vekt på sakkyndiges uttalelser. Det vil antakelig være vanskelig å pålegge disse dette skille da det i stor grad baserer seg på deres faglige skjønn.

⁸⁰ OECDs retningslinjer 1, pkt 7.13.

⁸¹ Utv 1999-849, URD, *Dyno*.

⁸² Utv 1999-849, URD, *Dyno* Utv 1999-540 LRD, *Nycomed*.

⁸³ Utv 2000-613, OLN.

4.5 Konserntilknytning på kreditorsiden

4.5.1 Innledning

I lånekapasitetsvurderingen vil hvem som er kreditor i tilfeller av innkommende og utgående lån ha betydning. Det kan tenkes at hvilken type rettssubjekt kreditor er vil ha betydning i forhold til den sikkerhet i form av egenkapital som kreves, informasjon om debtors forhold osv. Selv om i det gjeldene tilfellet er gitt hvem kreditor er, er det ikke gitt at man kan basere seg på samme type kreditor i en armlengdesituasjon, selv om dette er utgangspunktet.

4.5.2 Direkte lån

Dersom det aktuelle lån er et direkte lån mellom debitor og kreditor i konsern bør skattemyndighetene ifølge retningslinjene⁸⁴: ”ordinært basere seg på den transaksjonen som faktisk har funnet sted mellom de nærstående foretakene slik disse har strukturert den,” dersom det nærstående selskap ikke er en profesjonell långiver, skal det da etter dette prinsippet erstattes med en ikke profesjonell långiver. Det er imidlertid svært uvanlig at uavhengige industriselskaper driver med långiving til uavhengige selskaper⁸⁵, det er nærliggende å anta at det samme gjelder andre selskap som ikke er finansinstitusjoner som driver utlån. For å få et sammenligningsgrunnlag til den kontrollerte transaksjon er det da naturlig å erstatte den nærstående långiver med en uavhengig bank. Det kan i praksis synes som den eneste mulige uavhengige långiver. Når det gjelder forholdet til armlengdeprinsippet og retningslinjene⁸⁶ kan det synes som vanskelig å forene. Det er fra OECDs side⁸⁷ før retningslinjene⁸⁸ imidlertid lagt til grunn at långiver kan erstattes med en uavhengig bank. I Scribona⁸⁹ er ”Esselte Finance International NV”, et konserninternt finansieringsselskap, etter opplysningene i dommen byttet ut med en bank uten at

⁸⁴ OECDs retningslinjer 1, pkt 1.36.

⁸⁵ Bjerke, *Internprising* 240, 1997.

⁸⁶ OECDs retningslinjer 1, pkt 1.36.

⁸⁷ OECD, *Thin Capitalisation Report* pkt 76, 1987.

⁸⁸ OECDs retningslinjer 1, pkt 1.36.

⁸⁹ Utv 2004-685, Borgarting lagmansrett, *Scribona*.

lagmannsretten problematiserer det noe videre. Dette er⁹⁰ tatt til inntekt for at det samme gjelder i norsk rett generelt. Det er mulig realiteten i konsernet er at det er et industriselskap som yter lånet, men i det ytre har i hvert fall dette finansieringsselskapet likhetstrekk med uavhengige finansieringsselskaper.

I Freia⁹¹ uttales det: ”*Banklån er etter rettens vurdering et relevant sammenligningsgrunnlag idet det må antas å ha vært det mest nærliggende alternativet.*”

Her var lånet opprinnelig gitt av Freia, som var et holdingselskap og konsernspiss, til Estrella Holding som var et annet holdingselskap for et annet produksjonsselskap i konsernet. I realiteten var det her snakk om to industriselskaper, hvor Freia var mor og Estralla datter.

Det kan allikevel settes spørsmålstegn ved hvor viktig denne sontringen mellom et uavhengig selskap som ikke er profesjonell långiver og en bank er da det er en bred helhetsvurdering som må ligge til grunn for lånekapasitetsvurderingen. Ved valg av armlengdesrentesats på det kontrollerte lån kan derimot muligens valg av uavhengig kreditor ha større betydning.

4.5.3 Garanterte lån og *back-to-back* arrangementer

I tilfeller der debitor har tatt det kontrollerte lånet opp av en uavhengig långiver med garanti fra en nærstående part, eller ved et *back-to-back* arrangement vil ikke problemet om hvilken kreditor man skal velge oppstå på samme måte. Her vil det avgjørende kun være hvor stort lånet hadde vært om garantien eller *back-to-back* arrangementet ikke hadde foreligget.

4.5.4 Kjennskap til debtors virksomhet

En uavhengig långiver, om det er en bank eller et selskap med annen kjernevirksomhet, vil i utgangspunktet ikke ha samme kjennskap til debtors økonomi, fremtidige inntjeningsmuligheter osv, som man må anta at selskaper innen samme konsern, særlig et morselskap har. Selv om debitor opplyser om de forhold som er relevante ovenfor en

⁹⁰ Skaar mfl. *Norsk skatteavtalerett* 510, 2006.

⁹¹ Utv 1997-816, 821 URD, *Freia*.

uavhengig långiver, vil gjerne selskap i samme konsern ha bedre forutsetninger for å vurdere markedsforhold, fremtidige inntjeningsmuligheter osv, som er nødvendig i lånekapasitetsvurderingen.

Hvis kreditorselskapet er i samme konsern og har foretatt en armlengdevurdering av debtors lånekapasitet, må det være ut fra denne kjennskapen det nærstående selskap sitter inne med armlengdestandarden settes. Dette er også i tråd med retningslinjene⁹², man skal basere seg på den transaksjon partene faktisk har foretatt i vurderingen. Dersom vurderingen hadde blitt en annen etter en uavhengig långivers vurdering pga manglende kjennskap til debtors virksomhet, ville det ført til en skjevhet som enten ville straffe eller belønne selskapet som blir skjønnslignet for den innsikten den har i debtors forhold.

4.5.5 Oppsummering

Det ser etter dette ut som man ofte vil måtte basere seg på det resultatet av lånekapasitetsvurderingen en bank, som sitter inne med de samme opplysningene som den långiver som er i interessefellesskapet gjorde, ville ha kommet til. Å knytte vurderingene opp til hva en bank ville ha vurdert det til har åpenbare retts tekniske fordeler. Det vil i ettertid for det første være enklere å finne utgangspunktet, en bank, istedenfor å se etter andre selskap som utgangspunkt for lånekapasitetsvurderingen. Samtidig vil det være enklere å foreta den vurderingen, da det må være enklere å sette seg inn i en banks prosedyrer for lånekapasitetsvurdering, enn et annet selskap hvor det ofte vil være en hypotetisk lånekapasitetsvurdering i den forstand at slike selskaper vanligvis ikke driver med slike vurderinger.

4.6 Sammenligningstransaksjonen

Et spørsmål som kan dukke opp, og har gjort det flere ganger i retts og ligningspraksis⁹³, er hvilken type transaksjon lånekapasitetsvurderingen skal baseres på. Ofte vil debitor ha valgt en transaksjon A med det nærstående selskap, men han kunne foretatt transaksjon B med et uavhengig selskap isteden (forutsetningsvis innenfor armlengdestandarden), dersom

⁹² OECDs retningslinjer 1, pkt 1.36.

⁹³ Utv 1999-849, URD, Utv 1999-540, LRD, *Nycomed*, PSK 1986-1110-A.

han hadde vært klar over de lite heldige skattemessige konsekvensene av transaksjon A. Problemet er da om man skal velge å foreta lånekapasitetsvurderingen etter den for skatteyteren mer heldige transaksjon B. Utgangspunktet i norsk rett er at når man har valgt en transaksjonsform må man stå for denne, dette følger også av ordlyden i retningslinjene⁹⁴. Dette utgangspunktet må føre til at dersom man har valgt en transaksjonstype, er det ut fra denne transaksjonstypen lånekapasiteten må vurderes.

Det typiske tilfellet fra praksis er at debitor har tatt opp et såkalt ”prosjektlån”, mens han kunne ha tatt opp et ”selskapslån”, et ”prosjektlån” er typisk dyrere og mindre fleksibelt da det er tatt opp for å gjennomføre et bestemt prosjekt (i norsk ligningspraksis typisk leting etter olje på norsk sokkel). Dette vil ofte kunne medføre restriksjoner for debitor med henhold til hva inntektene fra prosjektet skal brukes til, annet låne opptak osv. Et selskapslån er basert på selskapets balansetall og generelle fremtidige inntjeningsmuligheter og er derfor gjerne mer fleksibelt⁹⁵. I Amoco 1⁹⁶ ble det fra skatteyers side hevdet at selskapet kunne ha valgt prosjektlån fra en uavhengig långiver, isteden for det markedslån, (samme karakteristikk som selskapslån) som var valgt fra nærstående långiver, eller ved garanti fra nærstående. Retten slår her fast at den valgte lånestruktur må legges til grunn, da: *”saksøkeren har valgt å benytte seg av lån fra et konsernselskap, eller av markedslån med garanti fra konsernselskap, antar retten at grunnen må være at saksøkeren har villet unngå de bindinger som gjelder for lån på prosjektfinansieringsvilkår og har villet oppnå større fleksibilitet enn den som gjelder for slike lån.”* Rettens vurdering her er praktisk, men tar ikke eksplisitt utgangspunkt i at man må basere seg på den transaksjonen som er valgt.

Reelle hensyn taler også i sterk grad for at man må ta utgangspunkt i den transaksjonen som er valgt, jo lengre vekk man kommer fra det partene faktisk har gjort jo mer hypotetisk og usikker blir vurderingene.

Ut fra de relevante rettskildene på området vil jeg anta at det skal veldig mye til for å avvike fra den transaksjonsformen som er valgt av partene for lånekapasitetsvurderingen.

⁹⁴ OECDs retningslinjer 1, pkt 1.36.

⁹⁵ Skaar mfl. *Norsk skatteavtalerett* 512, 2006.

⁹⁶ Utv 1989-304, URD, *Amoco I*.

4.7 Utnyttelsen av lånekapasitet

Undertiden dukker spørsmålet om i hvilken grad lånekapasitetsvurderingen skal basere seg på at debitor utnytter sine lånekapasitet maksimalt, eller bare i den grad som anses som forretningsmessig optimalt. Det er ingen tvil om at økt opplåning øker selskapets risiko, som gjerne igjen vil føre til mer tyngende lånevilkår. Det må avgjøres om armlengdes kapitalstruktur tilsvarende debitors maksimale lånekapasitet, eller det foretningmessige optimale.

I Høyesterettsavgjørelsen *Fornebo*⁹⁷ er det satt opp et krav til at et aksjeselskap må være drevet på en *”forretningsmessig rimelig og naturlig måte”*, det er allikevel krevet mindre av Høyesterett i henhold til dette vilkåret i dommen, enn Riksskattestyret hadde gjort i sitt vedtak. Å oppstille et slikt vilkår i henhold til lånekapasitetsvurderingen hjelper antakelig ikke rettsanvenderen særlig nærmere løsningen. Det er vanskelig å sammenfatte de valg næringsdrivende tar i form av risiko og forretningsmessige vurderinger innenfor denne formuleringen. Det måtte i tilfellet vært snakk om et gjennomsnitt av de vurderingene næringsdrivende ville tatt. Da går vi igjen bort fra prinsippet i retningslinjene⁹⁸. En kapitalstruktur som åpenbart ikke er forretningsmessig fundert, da gjerne skattehensynsmessig fundert, vil nok kunne tilsidesettes, grensen har vil nok ofte sammenfalle med maksimal lånekapasitet⁹⁹.

Ligningsmyndighetene og domstolene har tilsynelatende ikke problematisert dette veldig i de senere år. Det virker som de har fastsatt debitors maksimale lånekapasitet, men allikevel falt tilbake på formuleringen: *”det forhold mellom gjeld og egenkapital som saksøkeren har etablert, ikke anses som forretningsmessig rimelig og naturlig”*¹⁰⁰.

4.8 Fikserte krav til egenkapital

Et spørsmål for lovgiver er om det skal fikseres krav til egenkapital, slik at dersom de er oppfylt vil det ikke bli snakk om skjønnsligning i tilfeller av innkommende lån, mens for

⁹⁷ Rt 1940-598, s 601, *Fornebo*.

⁹⁸ OECDs retningslinjer 1, pkt 1.36.

⁹⁹ Skaar mfl. *Norsk skatteavtalerett* 514, 2006.

¹⁰⁰ Utv 1989-304, URD, *Amoco I*.

utgående lån vil man da lett kunne avgjøre om det foreligger den nødvendige lånekapasitet. Mens dersom det ikke er oppfylt vil debitor nektes fradrag for gjeld som overstiger den gjelden han kunne tatt opp etter egenkapitalkravet. En slik regel vil øke forutberegnligheten for skatteyteren. Den vil antakelig og spare prosesskostnader for det offentlige.

Etter petroleumskatteloven¹⁰¹ er selskaper som omfattes av loven nødt til å ha en egenkapital på minst 20% av selskapets totale kapital. Dersom gjelden overstiger dette gis selskapet bare fradrag for den delen av gjelden som ville gitt en egenkapitaldekning på 20%. Innenfor rederibeskatningen¹⁰² stilles det krav til at egenkapitalen ikke må være for høy, for å unngå tykk kapitalisering.

I Danmark ble en slik løsning innført for en rekke skatteyttere i den såkalte Pinsepakken i 1998¹⁰³. Her kan kun gjeld innenfor et 4 til 1 forhold til egenkapitalen kreves fradratt i inntekten. Det vil altså si at for å være innenfor selskapets lånekapasitet må minst 20% av samlet kapital være egenkapital.

Problemet med en slik regel er at den avviker fra metoden en uavhengig långiver ville valgt, og derfor også potensielt fra armlengdeprinsippet. Det kan tenkes å gjøre unntak, ved å gi skatteyteren mulighet til å bevise at kapitalstrukturen er innenfor armlengdeprinsippet, selv om ikke det fikserte kravet er oppfylt. Etter hvor man setter grensen vil man enten oppnå mye prosess om unntaket, eller provenytap fordi alle legger seg opp til grensen selv om det i en del tilfeller ikke er i tråd med armlengdeprinsippet. Det vil også kunne være en fare for dobbeltbeskatning dersom statene har forskjellige regler, når en av de ikke er i tråd med armlengdeprinsippet.

4.9 Konserngjeld

Dersom en virksomhet er organisert i filialstruktur åpner mønsteravtalen¹⁰⁴ for at deler av gjelden til selskapet allokeres til et fast driftsted dersom gjelden har relevant tilknytning til denne. Spørsmålet om virksomheter organisert i konsernstruktur skal likebehandles med

¹⁰¹ Lov om skattlegging av undersjøiske petroleumforekomster mv av 13 juni 1975 nr 35 § 3 (h).

¹⁰² Sktl § 8-15 7. ledd.

¹⁰³ Danske Lov om indkomstbeskatning av aktieselskaber m.v. nr 432 af 26.6 1998 § 11 (3).

¹⁰⁴ OECD mønsteravtale art 7 (3).

disse ved at debitorselskap får fradrag for en forholdsmessig del av konsernets gjeld har undertiden vært reist¹⁰⁵. Utgangspunktet i norsk rett er selskapsligning og ikke konsernligning som i en del andre land. Reglene om konsernbidrag¹⁰⁶ gjelder kun overføring av formue, ikke gjeld. Det finnes heller ingen annen hjemmel for slik overføring i norsk rett, slik at dette nok er utelukket¹⁰⁷.

4.10 Selskaper opprettet for å finansiere konsernselskaper

4.10.1 Innledning

Det er ikke uvanlig at konsern har finansieringsselskaper som er opprettet for å eie eller finanseiere de andre selskapene i konsernet med fremmedkapital, gjerne innført til finansieringsselskapet som lån også. I mindre konsern vil dette ofte være konsernspissens funksjon¹⁰⁸. I større internasjonale konsern er det ofte et eget datterselskap av konsernspissen som står for dette¹⁰⁹. Særlig i tilfelle finansieringsselskapet opptar lån for å viderefinsiere et spesielt prosjekt hos et annet av konsernselskapene kan spørsmålet om låneforholdet for skattemessige hensyn skal anses som bestående mellom den eksterne långiver og det konsernselskap kapitalen ender opp hos. Dette vil i tilfelle føre til at finansieringsselskapet ikke kan få fradrag for gjeld og omkostninger ved lånet, hvis selskapet som reelt sett tar opp lånet ikke ville fått det.

4.10.2 Plasseringen av låneforholdet

I de tilfelle finansieringsselskapet kun har en rolle i videreformidling av lån vil det ikke foreligge interessefelleskap mellom låntaker og långiver så langt det ikke foreligger garanti eller lignende. Da kan skattelovens internprisingsregel ikke benyttes.

¹⁰⁵ PSK 1986-0120-A pkt 3.2 *litra a*.

¹⁰⁶ Skt § 10-2 flg.

¹⁰⁷ Skaar mfl. *Norsk skatteavtalerett* 516, 2006.

¹⁰⁸ Lc s 517.

¹⁰⁹ Utv 2004-685, Borgarting lagmansrett, *Scribona*.

Her som ellers må utgangspunktet være at man skal legge den transaksjonsformen skatteyteren har valgt til grunn¹¹⁰. Om det foreligger kun en formidlerrolle må avgjøres etter et konkret skjønn. Her vil man måtte se på hva partene faktisk har gjort. Disposisjoner som setter debitor i et forhold til kreditor trekker i retning av dette, f.eks at selskapets eiendeler og inntekter stilles som sikkerhet for lånet. Videre vil det at midlene er øremerket slik at finansieringsselskapet ikke kan disponere på en annen måte, trekke i denne retning. Det at finansieringsselskapet ikke stiller med noe eget garantiansvar eller lignende ovenfor kreditor, trekker og i retning av en ren formidlerrolle. Det skal allikevel¹¹¹ mye til før finansieringsselskapets rolle skal sees bort fra.

I saker hvor det er finansieringsselskapets lånekapasitet som skal fastsettes, vil og spørsmålet om et videreformidlet lån kan betraktes som en del av finansieringsselskapets fremmedkapital. Dette må løses etter de samme retningslinjer som om det kun foreligger en formidlerrolle. Dersom den uavhengige långiver, sees på som långiver ovenfor debitor kan ikke løsningen bli en annen for finansieringsselskapet. Lånet må karakteriseres på en måte slik at løsningene i den samme sak blir konsistente.

4.11 Ytterligere opplåning

I mange av avgjørelsene oppstår spørsmålet om man skal godta en lavere egenkapital enn man etter en normal lånekapasitetsvurdering ville godta, fordi långiveren er engasjert i et selskap og vil risikere å tape sitt engasjement om ikke selskapet får tilført ytterligere midler. Vurderingen vil allikevel bli en armlengdevurdering, der hva en uavhengig långiver som har vært engasjert ville gjort i dette tilfellet. Dette må da sammenlignes med tilfeller hvor selskapets eier ikke har, eller bare har begrensede muligheter til å bidra, slik at långiveren må ta ytterligere risiko. I *Scribona*¹¹² er dette spørsmål av lagmannsretten formulert slik: ” om en uavhengig bank eller annen finansieringsinstitusjon, i den situasjon som forelå, ville ha fortsatt sitt engasjement med videre utlån og om det i så fall ville ha blitt stilt krav til den svenske eieren om økt egenkapital eller garantier”. I denne saken

¹¹⁰ OECDs retningslinjer 1, pkt 1.36.

¹¹¹ Skaar mfl. *Norsk skatteavtalerett* 519, 2006.

¹¹² Utv 2004-685, Borgarting lagmansrett, *Scribona*.

kommer lagmannsretten til at det ville bli stilt krav til eieren om ytterligere tilførsel av egenkapital før en uavhengig bank ville gått inn med mer. Det er imidlertid ingen tvil om at det åpnes for ytterligere opplåning i en slik situasjon uten at det strider med armlengdestandarden. Det vil imidlertid sjelden være slik at morselskapet ikke har midler til å finansiere datterselskapet med egenkapital, men finansierer det med fremmedkapital isteden, det vil nok være mer praktisk at det er et søsterselskap vil kunne øke sin fremmedkapital til debitor selv om morselskapet ikke har mulighet til å skyte inn kapital. I Scribona¹¹³ ble det pga av eierselskapets økonomi slått fast at det ville være liten grunn til at en uavhengig långiver ville ta på seg den vesentlige delen av risikoen ved refinansieringen. Ut fra dette kan det tyde på at det ikke er så store mulighetene til å påberope seg opplåning for å få godta at lånekapasiteten er overskredet i tilfeller hvor debtors eier har økonomi til å bidra.

4.12 Det faktiske grunnlag for lånekapasitetsvurderingen

4.12.1 Innledning

En lånekapasitetsvurdering bygger som vi har sett på mange forskjellige hensyn og momenter. Det trengs imidlertid også en avgrensing av hvilke opplysninger man skal bruke for å vurdere disse momenter. Eksempelvis vil det gjerne gå mange år fra det år ligningen fastsettes til en sak er avgjort i domstolene. I løpet av den tid vil gjerne inntjeningsmuligheter, risikoer osv som skattyteren har vurdert materialisert seg.

4.12.2 Selvangivelse mv.

For ligningsmyndighetenes arbeide er det selvangivelsen som er grunnlaget. Den har med de tallene man normalt trenger for å fastslå skatten. Det selvangivelsen har til felles med regnskapet er at de gir et bilde av hva som har skjedd, ikke hva som vil skje. For å foreta en lånekapasitetsvurdering vil man normalt måtte avgjøre selskapets fremtidsutsikter. Da reiser spørsmålet seg om ligningsmyndighetene må innhente ytterligere opplysninger for å foreta vurderingen.

¹¹³ Samme som over.

Ligningsloven¹¹⁴ sier at dersom skatteyters oppgaver fravikes eller settes til side har han rett til å uttale seg. (Allerede på dette tidspunkt i behandlingen har kontradiksjonsprinsippet slått igjennom). Dette vil typisk gjelde hvor internprisingsregelen skal anvendes.

Uavhengig om det er tale om innkommende lån, hvor skatteyster selv skal vurderes, eller utgående lån, hvor et annet selskap skal vurderes må ligningsmyndighetene anmode om de opplysninger de mener er relevante. I Freia¹¹⁵ saken er det imidlertid godtatt at ligningsmyndighetene bare har basert seg på selvangivelsen og det fremlagte regnskap, det er i denne saken heller ikke prosedert på at dette var en saksbehandlingsfeil. Et vanlig syn¹¹⁶ er at disse opplysningene kun kan være tilstrekkelige dersom det er anmodet om ytterligere opplysninger uten at man har fått det. Jeg vil tilslutte meg til dette med det forbehold at det neppe er noen grunn til å underkjenne en ligning hvis resultatet hadde blitt det samme om ligningsmyndighetene ikke har anmodet om opplysninger, enten fordi det ikke forelå noen, eller fordi de ikke hadde noen relevans.

Utfyllende opplysninger gitt av skatteyster må selvsagt gi ligningsmyndighetene plikt til å ta disse i betraktning. Dersom det skulle være behov må imidlertid skatteyster òg ha plikt til å fremstille disse opplysninger på en måte som gjør det forstålig for ligningsmyndighetene. Her kan det tenkes i kompliserte forhold at det blir en sirkel hvor skatteyteren gir stadig nye opplysninger som ligningsmyndighetene ikke skjønner eller ser relevansen med og ber om klargjøring av disse. Særlig når synet på reglene er forskjellig, vil synet på hvilke opplysninger som er relevante kunne variere.

Dersom ligningsmyndighetene mangler supplerende opplysninger kan det hende de må foreta et skjønn med hensyn til hva disse opplysningene inneholder. I praksis er det flere eksempler¹¹⁷ på at skjønnnet utført av ligningsmyndighetene på dette punkt vurderes. Det kan kreves at antagelsene med henhold til faktum er ”korrekte, relevante og realistiske”¹¹⁸. Et krav om at de både skal være korrekte og realistiske kan vel neppe trengs, dersom de

¹¹⁴ Ligningsloven § 8-3.

¹¹⁵ Utv 1997-816, 822 URD, *Freia*.

¹¹⁶ Skaar mfl. *Norsk skatteavtalerett* 521, 2006.

¹¹⁷ Utv 1989-304, URD, *Amoco I*, Utv 1999-849, URD, Utv 1999-540, LRD, *Nycomed*.

¹¹⁸ Skaar mfl. *Norsk skatteavtalerett* 522, 2006.

er korrekte må de jo ha vært realistiske. Det virker for meg som man er veldig forsiktig med å hevde at dette skjønnnet ikke er utført på riktig måte av ligningsmyndighetene i praksis, man prøver heller skjønnstemaet selv.

Et annet tilsvarende problem oppstår ved vurderingen av lånekapasiteten til en debitor hjemmehørende i utlandet. Her vil, dersom regnskapet ikke foreligger etter norske regler, ligningsmyndighetene ut fra det utenlandske regnskap ta stilling til lånekapasiteten. Det vil da vært nærliggende for skatteyder å komme med en redegjørelse for hvilken betydning det vil ha i forhold til et norsk regnskap. Det blir uansett opp til ligningsmyndighetene å avgjøre i hvilken grad forskjeller her har betydning. Etter at IFRS¹¹⁹ er innført som regnskapsstandard i stadig større grad vil nok dette problemet bli mindre. Ettersom også norske selskaper bruker dette bør ikke det by på problemer for ligningsmyndighetene.

4.13 Tidsaspektet ved lånekapasitetsvurderingen

4.13.1 Fra avtaleinngåelse til ligning

Når ligningsmyndighetene skal foreta en lånekapasitetsvurdering vil dette bli gjort i etterkant av inntektsåret. Dvs at nye opplysninger skatteyderen og medkontrahenten ikke hadde kjennskap til på det tidspunktet lånet ble ytt kan nå ha kommet ligningsmyndighetene til kjennskap. F.eks debtors inngåelse av en ny kontrakt, eller bare hvordan omsetningen utviklet seg i løpet av året. Dette er informasjon som vil være sentral i en løpende lånekapasitetsvurdering. Da blir spørsmålet i hvilken grad begivenheter inntruffet etter utlånstidspunktet kan forandre debtors lånekapasitet med følge for ligningen. Debitor kan f.eks ha fått store lån av et morselskap i den tro at en stor kontrakt skal inngås. Ut fra denne forutsetning er man innenfor lånekapasiteten, dersom kontrakten allikevel ikke inngås oppstår problemet.

Retningslinjene¹²⁰ behandler i en rekke punkter hvilke opplysninger man kan legge til grunn. Felles for disse er at ligningen ikke skal baseres på etterpåklokskap. Det er imidlertid ganske uklart hva man legger i det. Spørsmålet har og vært vurdert flere ganger i

¹¹⁹ International Financial Reporting Standards.

¹²⁰ OECDs retningslinjer 1, pkt 1.51, 3.12, 5.20, 6.32.

rettspraksis med noe varierende resultat. I Nycomed¹²¹ tas det klar stilling til spørsmålet; ”*datterselskapets lånekapasitet må vurderes på det tidspunktet den aktuelle ligningen gjelder. Det kan ikke være avgjørende om datterselskapet manglet låneevne da lånet opprinnelig ble tatt opp, dersom den økonomiske stillingen har endret seg, slik at lånet fra morselskapet i mellomtida kunne vært erstattet med eksternlån*”. I Høyesterettsdommen Statpipe¹²² er imidlertid synet et annet; ”*Vurderingen av om en avtale er inngått på armlengdemessige vilkår, vil måtte skje ut fra situasjonen slik den fortonte seg for partene da avtalen ble inngått*”. Vurderingstemaet i disse to sakene er tilsynelatende forskjellig, da det er snakk om lånekapasitet et sted og om avtalen er inngått på armlengdemessige vilkår det annet sted. Dette henger jo imidlertid nært sammen. I Statpipe gjelder det ikke lån, men fordelingen av inntekter mellom selskaper som var deltakere i et annet selskap.

For at lånekapasitetsvurderingen skal være i tråd med armlengdeprinsippet bør det bare tas hensyn til det långiver er kjent med, eller i rimelig stand til å forutse¹²³. Dette må også følge av at generelle prinsipper om forutberegnlighet for skatteyter.

Dette må ikke forstås slik at en slik begivenhet etter låneopptaket ikke vil ha stor bevismessig vekt for hva långivers vurdering burde gått ut på.

En begivenhet kan ha betydning i 4 tilfeller. Den kan ha positiv eller negativ innvirkning på lånekapasiteten ved innkommende lån, og positiv eller negativ innvirkning ved utgående lån. Dette gjør at provenymessige hensyn kan ha blitt brukt av ligningsmyndighetene til å argumentere for forskjellige løsninger av dette problemet i forskjellige saker, som igjen fort kan forplante seg til rettspraksis.

4.13.2 Fra ligning til domstolsbehandling og eventuelt ny ligningsbehandling

Når en sak kommer opp for domstolene vil normalt lang tid ha gått fra ligningsbehandlingen. Det oppstår da et spørsmål om begivenheter som er inntruffet, eller først kjent for myndighetene i tiden fra ligningsbehandlingen til domstolsbehandlingen kan

¹²¹ Utv 1999-540, LRD, *Nycomed*.

¹²² Rt 2003-1317, *Statpipe*.

¹²³ Skaar mfl. *Norsk skatteavtalerett*, 2006.

vektlegges. Dette må sees i sammenheng med kravene i ligningsloven¹²⁴ om skatteyters plikt til å bidra til at skatteplikten blir klarlagt ”i rett tid”, og prinsippet om hvilke opplysninger ligningsmyndighetene skal legge til grunn.

Utgangspunktet må være at lånekapasitetsvurderingen fortsatt skal bygge på de opplysninger långiver var kjent med eller i rimelig grad i stand til å forutse. Det har i flere saker for domstolene vært ønsket å fremlegge nye opplysninger fra skatteyters side. Prinsipielt må dette avskjæres da domstolen ikke skal fatte noe nytt ligningsvedtak, men bare avgjøre om vedtaket skal oppheves¹²⁵. Almvik¹²⁶ hevder opplysninger først kjent under sakens behandling for retten ikke kan tillegges vekt overhodet. Et så kategorisk standpunkt vil avskjære muligheten for å trekke inn opplysninger som avklarer om de hensyn som ville bli lagt til grunn av en långiver i en armlengdesituasjon har vært realistiske. Gode grunner taler for å holde denne mulighet åpen. Opplysninger som er blitt allmennkjent, f.eks sterk positiv utviklingen av oljeprisen vil vanskelig kunne sees bort fra at retten har kjennskap til når den skal foreta en vurdering av markedsforholdene for oljeselskap i forbindelse med lånekapasitetsvurderingen. Videre sies det i Dyno¹²⁷ ”at hvis årsaken til at feil faktum er lagt til grunn ved ligningsbehandlingen er at skatteyteren har forsømt sin opplysningsplikt, jfr ligningsloven kap. 4, så kan en slik feil ikke tillegges virkning når domstolen skal prøve ligningen.” Selv etter denne uttalelsen må det antakelig tas det forbehold at skatteyster prøver å tilpasse opplysningene til den instans som behandler ligningen. Slik at opplysninger til skatteyters gunst som han illojalt har holdt tilbake fordi han trodde de var til hans ugunst muligens ikke vil tillegges vekt. Dette er nok uansett ganske upraktisk, som regel vil det være opplysninger til skatteyters ugunst han holder tilbake, da vil det være rimelig klart at de kan legges til grunn ved domstolsbehandlingen. Etter ligningspraksis¹²⁸ er det akseptert muligheten for å komme med nye opplysninger ved etterfølgende ligningsbehandling. Da er det opprinnelige vedtak allerede opphevet slik

¹²⁴ Ligningsloven §§ 4-1, 8-1.

¹²⁵ Utv 1997-816, *Freia* URD.

¹²⁶ Almvik mfl. *Bedriftbeskatning i praksis* 310, 2000.

¹²⁷ Utv 1999-849, 855 *Dyno* URD.

¹²⁸ Utv 2000-613, 644 *OLN*.

at det skal fattes et nytt vedtak, ikke avgjøres om det opphevede vedtak er gyldig. Det er f.eks hvis det opprinnelige vedtak er fattet ut fra et for dårlig klarlagt faktum imperativt at anledningen til å innhente nye opplysninger er til stede. Løsningen i praksis må være utslag av et generelt prinsipp, og ikke kun konkrete rimelighetsvurderinger i det enkelte tilfelle¹²⁹. Generelle regler om avskjæring av opplysninger i skattesaker vil ikke bli nærmere behandlet.

4.14 Prosessuelle forhold ved lånekapasitetsvurderingen

4.14.1 Domstolsprøving av lånekapasitetsvurderingen

De forvaltningsrettslige prinsipper for prøving av forvaltningsskjønn tilsier at domstolene kun i begrenset grad kan overprøve dette. Domstolene kan prøve om forvaltningen har lagt riktig faktum til grunn, om det er begått saksbehandlingsfeil, og om det foreligger myndighetsmisbruk etter den ulovfestede lære¹³⁰. Ved opphevelse av ligningsvedtaket skal domstolene ikke selv fastsette lånekapasiteten, men hjemvise saken til fornyet behandling hos ligningsmyndighetene. Det er imidlertid liten tvil om at domstolen kan gi tydelige signaler til ligningsmyndighetene om hvordan saken skal behandles for å bestå en prøvelse for domstolene.

Det er også fremkommet noe tvil i teori¹³¹ og praksis om domstolene i ligningssaker i større grad skulle kunne overprøve forvaltningen skjønn. I en Høyesterettsdom¹³² om avskrivninger holder tilsynelatende Høyesterett muligheten for dette åpen ved å formulere et av spørsmålene ”*om det skjønn ligningsmyndighetene har utøvet, er holdbart*”. Beregningstekniske hensyn taler imidlertid mot at domstolene skal prøve dette skjønnet fullt ut i saker om tynn kapitalisering. Det må antas at ligningsmyndighetene besitter større kompetanse på disse typisk forretningsmessige områdene og er bedre egnet til å skjønne. Da domstolene heller ikke kan fastsette et nytt ligningsvedtak er det nærliggende og tro at de ikke vil ha noe behov for å utøve et fritt skjønn selv.

¹²⁹ Almvik mfl *Bedriftbeskatning i praksis* 310, 2000.

¹³⁰ Se f.eks Eckhoff, *Forvaltningsrett* 8.utg. ved Eivind Smith, 2006.

¹³¹ Aarbakke i *Festskrift til Eckhoff* s 774-787.

¹³² Rt 1984 s 891, om avskrivninger.

Det som kan gjøre dette komplisert er imidlertid at domstolene fullt ut kan overprøve det rettsanvendelsesspørsmål det er om lånekapasiteten i det hele tatt er overskredet slik at det foreligger en inntektsreduksjon som gjør at inntekten skal skjønnsfastsettes i tilfeller av innkommende lån. Mens i tilfeller av utgående lån må det fastsettes at det forligger lånekapasitet for at det skal være en inntektsreduksjon for skattyter. Det er jo i utgangspunktet det samme skjønnsstemaet som ligger til grunn. Og kun i det ene tilfellet har domstolen full kompetanse.

4.14.2 Bevisbyrde

I utgangspunktet er det skatteyter som har hovedansvaret for sakens opplysning etter ligningslovens system. Det må allikevel kunne settes krav til ligningsmyndighetene i internprisingssaker at de må bevise at vilkårene for skjønnsligning foreligger ut fra de tilgjengelige opplysninger. Hva slags beviskrav sier derimot loven ikke noe om. Etter vanlig prosesslovgivning vil domstolene måtte legge til grunn det mest sannsynlige faktum. I skattesaker generelt må det vel settes et noe strengere krav til ligningsmyndighetenes beviskrav. Det kan i skattesaker som i andre saker være vanskelig å trekke klare linjer mellom bevisbyrde og rettsanvendelse. I Syversen¹³³ er det snakk om en ”gråson” som strekker seg fra sannsynlighetsovervekt til det sted hvor beviskravet må anses oppfylt. Her vil det være vanskelig å overbevise domstolene om at vilkårene er oppfylt. Desto uklarere de faktiske omstendighetene er, desto større er ”gråsonen”.

For saker hvor norsk kreditor har lånt ut penger til utenlandsk debitor er det oppstilt en særskilt bevisregel¹³⁴. Dersom det er ”*grunn til å anta*” at formuen eller inntekten er redusert legges det til grunn at det er en følge av interessefellesskapet. Det blir da etter ordlyden opp til skatteyter å bevise at det ikke er tilfelle. Hvilke krav som stilles til ligningsmyndighetene er behandlet i Høyesterettsdommen Baker Hughes¹³⁵, førstvoterende uttaler: ”*forutsett likevel gjennomskjæring etter § 54 første ledd, annet punktum at ligningsmyndighetene anser at det foreligger sannsynlighetsovervekt for at inntekten er*

¹³³ Syversen, *Skatt på petroleumsutvinning* 189, 1991.

¹³⁴ Skt § 13-1 (2).

¹³⁵ Rt 1999 s 1087, *Baker Hughes*.

reduisert. Men kravene til det grunnlaget vurderingen skjer ut fra, er i utenlandstilfellene ikke så store som ved en vurdering etter § 54 første punktum. Den reelle forskjell mellom første og andre punktum blir dermed ikke særlig stor i denne relasjon". Almvik¹³⁶ forstår denne uttalelsen slik at det må kreves mer enn 50 % sannsynlighet for at inntekten er redusert også i disse tilfellene, men allikevel slik at kravene til det faktumgrunnlag vurderingen skjer på bakgrunn av, må være lempeligere enn innenlands. Dersom man legger til grunn at det må være sannsynlighetsovervekt også i disse tilfellene er det i hvert fall nærliggende å slutte at det skal mer til enn sannsynlighetsovervekt i innenlands tilfellene.

I Nycomed¹³⁷ mener lagmannsretten av rentefrie lån er så uvanlig at det i seg selv er nok for at dette skal være oppfylt. Det blir opp til skatteyteren i disse tilfellene å bevise at den utenlandske debitor selv er ute av stand til å ta opp lån, eller i mindre grad enn det som er gjort.

Når det gjelder selve skjønnsutøvelsen som skal foretas trekker ordlyden i § 13-1 (2) retning av at den særskilte bevisregelen ikke kommer til anvendelse¹³⁸, det er imidlertid hevdet¹³⁹ at Baker Hughes¹⁴⁰ dommen kan forstås slik at bevisregelen og omfatter skjønnsutøvelsen som skal finne sted i forhold til lånekapasitetsvurderingen.

Finansdepartementet har i en uttalelse¹⁴¹ kommet med et syn som er noe avvikende fra det som fremgår over, her legges bevisbyrden generelt i større grad over på skatteyster enn det øvrig teori og praksis gjør. Det hevdes at også i innenlands forhold må bevisbyrden falle på skatteyster. Det er ikke umulig at dersom lingsmyndighetene legger et så kategorisk syn som fremkommer her til grunn vil domstolene reagere. Selv om uenigheten i en viss grad kan være av begrepsmessig art kan det være uheldig for rettsfølelsen at skatteyster blir

¹³⁶ Almvik m.fl. *Bedriftsbeskatning i praksis* 323, 2000, samme Syversen, *Skatt på petroleumsutvinning* 190, 1991.

¹³⁷ Utv 1999-540, LRD, *Nycomed*.

¹³⁸ Skaar, mfl. *Norsk skatteavtalerett*.

¹³⁹ Almvik mfl. *Bedriftsbeskatning i praksis* 224, 2000.

¹⁴⁰ Rt 1999-1087, *Baker Hughes*.

¹⁴¹ Utv 1997-895, *Skattemessig behandling av rentefrie lån ytet til datterselskap*, brev til Skattedirektoratet.

møtt med et så bastant syn på at han må motbevise denne sterke presumsjonen. Det vil kunne føre til en følelse av at sakene er avgjort på forhånd.

4.14.3 Ikke bruk

Det har i enkelte saker om rentefrie lån fra skatteyters side vært hevdet at fra før ligningsmyndighetene i 1993 begynte å bruke internprisingsregelen på slike forhold, har det vært en ensartet praksis at myndighetene har godkjent rentefrie lån til datterselskap i utlandet. Det måtte da kreves formell lovendring for å forandre dette. I slike tilfelle har domstolene imidlertid krevd en praksis hvor forholdene må være eksplisitt vurdert, det har ikke holdt at de har oversett, eller unnlatt å behandle en problemstilling¹⁴².

I Freia¹⁴³ ble det fra skattyter anført at en slik forandring av praksis som ble innført i 1993 med inntektstillegg på rentefrie lån var sterkt urimelig uten tilstrekkelig forhåndsvarsel til skatteyteren. Dette førte ikke frem, domstolen mente at ligningsmyndighetene stod fritt til å skjerpe inn praksis, enten ikke-bruken skyldtes at de ikke var oppmerksomme på forholdet, eller ikke hadde kapasitet til å følge det opp.

4.14.4 Tilbakevirkning

I Amoco I¹⁴⁴ hevdet skatteyter at det er lovstridig at en kapitalstruktur som ligningsmyndighetene har godtatt i tidligere inntektsår kan settes til side for senere inntektsår. Dette må bygge på at ligningsmyndighetene med bindene virkning har godtatt kapitalstrukturen. Retten kommer i avgjørelsen med mange grunner til at praksis kan bli skjerpet, og at det neppe er grunn til å anse en ikke bruk av en skjønsmessig regel som dette, som tegn på at kapitalstrukturen er godtatt med bindene virkning for fremtidige ligninger. *”Retten har ikke funnet holdepunkter for at den tidligere utviste passivitet fra ligningsmyndighetenes side bygger på det syn at det ikke er adgang til å anvende § 54 i slike tilfelle”*. Skattemyndighetene hadde bla anført at provenymessige hensyn gjorde at regelen ikke ble anvendt på tilsvarende forhold tidligere.

¹⁴² Zimmer, *Lærebok i skatterett*, 2005, Gjems-Onstad *Norsk Bedriftskatterett*, 1999.

¹⁴³ Utv 1997-816, *Freia* URD.

¹⁴⁴ Utv 1989-304, URD, *Amoco I*.

I Nycomed¹⁴⁵ ble det anført at skattyter ville valgt å tilføre aksjekapital isteden, dersom han hadde vært klar over de uheldige skattemessige konsekvenser av lånefinansieringen. Feilregningen skyldtes ny og overraskende ligningspraksis. Skatteyers feilregning på de skattemessige posisjoner førte selvsagt ikke frem.

Ligningsmyndighetene kan uten hjemmel allikevel etter dette ikke gripe inn i tidligere endelig avgjorte ligninger.

4.14.5 Ulovfestede fikserte krav til egenkapital, før petroleumskatteloven § 3 (h)

For klagebehandlingen av petroleumskattesaker i 1982 utarbeidet klagenemnda ”retningslinjer” for skjønnet. Disse var opprinnelig på 6 sider, men det sentrale er gjengitt i et sitat fra Amerada kjennelsen¹⁴⁶. Dette er da bare aktuelt for inngående lån fra utenlandsk kreditor til debitor som opererer på norsk sokkel.

1. Letekostnader må finansieres med 100% egenkapital.
2. Utbyggingskostnader må finansieres med 20% egenkapital.
3. Kravene gjelder så lenge selskapets akkumulerte letekostnader, 20% av utbyggingskostnader og driftsutgifter ikke overstiger selskapets akkumulerte inntekter. Fra dette tidspunkt er selskapets selvfinansierende og ytterligere krav til egenfinansiering kan ikke stilles. Renter fordeles mellom lete- og utbyggingskostnader.
4. Det godtas ikke at selskapet tilbakebetaler kapital ved å oppta nye internlån. Bare en refinansiering med utenforstående kredittinstitusjoner godtas, og selv da må egenkapitalen holdes på et visst nivå (20% av selskapets aktiva i balansen eksklusive aktiverte letekostnader og renter)
5. Lavere egenkapital godtas hvis selskapet har fått eksternfinansiering på såkalte ”prosjektlån”-vilkår, dvs. lån hvor kreditor utelukkende har sikkerhet i prosjektet og de inntekter det gir.

¹⁴⁵ Utv 1999-540, LRD, *Nycomed*.

¹⁴⁶ Bjerkem, MarIus nr 162 s 90.

Ved å benytte slike retningslinjer oppnår man en ensartet praksis samtidig som skatteyder får en mer forutberegnlig rettstilling. Det er basert på et forholdsvis enkelt regnestykke hva som kreves av egenkapital. Ved en lovendring av petroleumskatteloven¹⁴⁷ ble kravet til 20% egenkapital lovfestet på petroleumsbeskatningsområdet. Ut over dette gjelder prinsippene har som er slått fast i rettspraksis fortsatt.

Dette kravet til 20 % kan i visse tilfeller føre til resultater som ikke er i tråd med armlengdestandarden, dersom skatteyder ikke har mulighet til å bevise at en annen kapitalstruktur er i tråd med armlengdestandarden. Dersom den annen stat ikke er enige i at det fikserte kravet er i tråd med armlengdestandarden kan dette føre til enten dobbeltbeskatning, eller også at noe av inntekten ikke blir beskattet overhodet.

4.15 Økonomiske faktorer i lånekapasitetsvurderingen

4.15.1 Innledning

En uavhengig långiver vil sette seg inn i debtors totale økonomiske situasjon. For å gjøre dette vektlegges en rekke økonomiske faktorer i forskjellig grad. Når ligningsmyndighetene senere skal foreta en lånekapasitetsvurdering av debitor må de gjøre dette på samme måte etter armlengdestandarden.

I en avgjørelse¹⁴⁸ fra ligningspraksis, er det delt inn i subjektive og objektive faktorer. Denne inndelingen har ingen rettslig betydning, men kan være praktisk som et hjelpemiddel for tanken. Som subjektive forhold er listet opp tidligere kundeforhold og den tillit selskapets ledelse nyter. Som objektive forhold er listet opp den sikkerhet som tilbys, selskapets eksisterende egenkapital og dets forventede inntekter. Det antas at det er de objektive forhold som i særlig grad er avgjørende for den langsiktige kredit.

¹⁴⁷ Petroleumskatteloven § 3 (h), inntatt ved Endringslov 23. desember 1994 nr. 74.

¹⁴⁸ Utv 1986-0120-A pkt 4c (3).

4.15.2 Egenkapital

4.15.2.1 Tosidig vurdering

Av balansen til selskapet fremgår selskapets egenkapital. Det vil imidlertid ikke være slik at en uavhengig långiver kun vil basere seg på summen her. Balansepostene vil bli vurdert både etter en kvalitativ målestokk, om de i det hele tatt kan regnes med til egenkapitalgrunnlaget, og etter en kvantitativ målestokk, i hvilken grad de kan regnes med.

4.15.2.2 Kvalitativ vurdering

Utgangspunktet må være at balanseposter som utgjør en reell verdi for debitor skal medregnes. I tilfelle av en situasjon hvor debitor ikke overholder sine betalingsforpliktelser vil kreditor ha behov for balanseposter som kan gjøres om i likvide midler. Balanseposter som utgjør en verdi for debitor som f.eks spesielle produksjonsmidler kan tenkes å ikke være realiserbare og derfor ikke ha noen verdi for andre.

Man må korrigere i de tilfelle at også en uavhengig debitor har balanseposter som ikke utgjør noen reell verdi, slik at sammenligningsgrunnlaget blir likt¹⁴⁹. Det kan da være hensiktsmessig å begrense elimineringen begge steder.

Det kan nevnes en del balanseposter som typisk vil kunne mangle reelle verdier.

- a) aktiverte, oppofrede kostnader, det er kostnader som ikke er pådratt ved erverv av varige formuesgoder, typisk letekostnader i oljesektoren.
- b) Aktiverte gjeldsrenter og disagio, dette utgjør ingen egenverdi for selskapet.
- c) Goodwill, det vil ofte hefte usikkerhet rundt verdien av en aktivert goodwill post. Ikke aktivert goodwill vil det også hefte usikkerhet om verdien av.
- d) Lite likvide, tungt realiserbare eiendeler. F.eks driftsmidler andre ikke ville kunne dra nytte av¹⁵⁰.

¹⁴⁹ Skaar mfl. *Norsk skatteavtalerett* 529, 2006.

¹⁵⁰ Almvik mfl. *Bedriftsbeskatning i praksis* 336, 2000.

4.15.2.3 Kvantitativ vurdering

Når de postene i balansen man skal ta hensyn til er fastsatt, oppstår spørsmålet om i hvilken verdier man skal tillegge de. Regnskapsreglene er lagt opp på en måte som gjør at det ofte ikke er samsvar mellom de reelle verdier og de regnskapsmessige verdier. Dette gjeldet antakelig i noe mindre grad etter IFRS enn regnskapsloven, men ganske betydelige avvik vil det uansett kunne være. Ofte vil eiendelen være mer verdt enn den regnskapsmessige verdien pga avskrivningsreglene. Fra retts¹⁵¹ og ligningspraksis virker det som man ganske skjematisk legger de regnskapsmessige balanseverdier til grunn. Dette er praktisk da man slipper vanskelige vurderinger av verdier, samtidig som det gir en grad av forutberegnlighet. Det må derimot utvilsomt være rom for å tillegge balanseposter høyere verdi en sin regnskapsmessige verdi dersom dette er mulig å godtgjøre. Almvik¹⁵² viser eksempler fra OLN¹⁵³ hvor etterfølgende forhold viste at den regnskapsmessige egenkapitalen måtte være for lave.

4.15.2.4 Sammenligning med lignende selskaper

En mulig måte¹⁵⁴ å foreta lånekapasitetsvurderingen på, er å ta et utvalg sammenlignbare selskaper og se på egenkapitalprosenten her som et uttrykk for et armlengdeintervall. Ligger debtors egenkapitalprosent innenfor intervallet eller høyere godkjennes den. Dette vil være en enkel og vesentlig mindre skjønnspreget måte å vurdere det på enn etter alle de momentene som er behandlet, den vil også gi en stor grad av forutberegnlighet for skatteyder. Den vil imidlertid føre til firkantede løsninger som ikke tar høyde for alle de individuelle forskjeller innenfor en bransje. En uavhengig långiver vil nok i beskjeden grad ville låne ut penger kun etter den slags vurderinger. Det kan allikevel være rom for denne type vurderinger som et supplement til den individuelle vurdering.

¹⁵¹ Utv 2004-689 LRD, *Scribona*, Utv 1997-816 URD, *Freia*, Utv 1999-849 URD, *Dyno*.

¹⁵² Almvik mfl. *Bedriftsbeskatning i praksis* 331, 2000.

¹⁵³ Overligningsnemda ved Sentralskattekontoret for storbedrifter.

¹⁵⁴ Skaar mfl. *Norsk skatteavtalerett* 530, 2006 .

4.15.3 Fremtidig inntjenningsevne

4.15.3.1 Innledning

I praksis er utviklingen gått fra å legge stor vekt på egenkapital til å stadig legge mer vekt på fremtidig inntjenningsevne når debitors lånekapasitet skal avgjøres. Det er uklart om dette skyldes en endret vurdering av faktorenes relative vekt, eller om det skyldes at ligningsmyndighetene har tilpasset argumentasjonen til provenymessige hensyn¹⁵⁵. Det kan imidlertid ikke være noen tvil om at en uavhengig bank vil basere sine vurderinger i meget stor grad på den fremtidige inntektsevnen, det er i utgangspunktet den som skal dekke forpliktelsene, egenkapitalen kommer bare inn i en krisesituasjon for selskapet.

4.15.3.2 Kontantstrøm

Det må antas at det er den fremtidige kontantstrøm det legges størst vekt på. Ikke den historiske. Det er den fremtidige kontantstrøm som skal betjene de løpende utgiftene ved lånet. Det er imidlertid kun den historiske man ved inngåelse av transaksjonen har sikre tall om. Det vil derfor være denne i stor grad må bygge på for å si noe om den fremtidige kontantstrøm.

I resultatet vil debitors låneutgifter være trukket fra. Videre vil man måtte trekke fra de investeringer som er gjort, da disse vanligvis vil øke resultatet i fremtiden, dette er fastslått i Dyno¹⁵⁶.

Når det gjelder kontantstrøm som skyldes realisasjon av driftsmidler må dette også holdes utenfor, da det neppe gir uttrykk for den fremtidige inntjenningsevnen.

4.15.3.3 Rentedekningsgrad

Undertiden er rentedekningsgrad¹⁵⁷ trukket inn som et moment i lånekapasitetsvurderingen. Det er en formel for lånekapasitet hvor resultatet til selskapet deles på selskapets renteomkostninger. Dvs at dersom resultatet er under 1 ligger selskapet særdeles dårlig an.

¹⁵⁵ Skaar mfl. *Norsk skatteavtalerett* 533, 2006.

¹⁵⁶ Utv 1999-849, URD, *Dyno*.

¹⁵⁷ Almvik mfl. *Bedriftsbeskatning i praksis* 334, 2000.

Det er antydnet¹⁵⁸ at en rentedekningsgrad på 1,5 er minimum. Å basere utlån på dette er noe utrygt, da og rentene som regel vil variere over tid. Det er nok allikevel enighet om at rentedekningsgrad bare vil være et moment i vurderingen.

4.15.3.4 Relevante momenter i vurderingen av debtors fremtidige inntektsevne.

I retts og ligningspraksis er det oppstilt en rekke momenter for å vurdere debtors fremtidige inntektsevne. På det tidspunkt långiver foretar vurderingen vil han ut fra alle disse momentene gjøre seg opp et bilde av inntjeningsmulighetene. I det følgende vil noen av de momentene som har vært fremme tilknyttes en kort kommentar. Det kan neppe stilles opp noen uttømmende liste over relevante momenter, da alt som kan innvirke på debtors inntjeningsmuligheter er relevant.

1) Selskapets vurderinger

Selskapets anslag i form av budsjett, samt styrets og revisors årsberetninger.

Disse har det til felles at de er utarbeidet av folk som forutsetningsvis har god kjennskap til selskapets stilling. Det må imidlertid bemerkes at ofte vil anslagene som er gjort her kunne være særlig optimistiske, man prøver f.eks å få selskapet til å fremstå som et gunstig investeringsobjekt og lignende.

2) Kontantstrøm historikk

I utgangspunktet vil långiver se mot den fremtidige kontantstrøm og være mindre opptatt av debtors historiske kontantstrøm. Det vil imidlertid være et viktig moment for å kaste lys over de fremtidige muligheter å se på kontantstrømmen i tidligere år. Man vil her da måtte vurdere i hvilken grad de omstendigheter som har ført til den historiske kontantstrøm vil forandre seg¹⁵⁹.

Når ligningsmyndighetene og evt domstolene på et senere tidspunkt skal benytte skattelovens internprisingsregel vil i noen grad de fremtidige inntjeningsmulighetene

¹⁵⁸ Skaar mfl. *Norsk skatteavtalerett* 530, 2006.

¹⁵⁹ Skaar mfl. *Norsk skatteavtalerett* 536, 2006.

være fastslått. Da disse opplysningene ikke hadde vært tilgjengelige for en uavhengig långiver må de kunne tillegges vekt for å avgjøre om de pretensjonene med hensyn til fremtidig inntjeningsmuligheter långiver tok var realistiske. Dersom det er samsvar mellom de to størrelser, men det skyldes ekstraordinære markedsforhold ingen med rimelig sannsynlighet kunne forutse kombinert med objektivt sett altfor optimistiske anslag fra långiver, kan allikevel tenkes at lånekapasiteten har vært overskredet.

3) Markedsmessige forhold

De generelle fremtidutsikter i debtors bransje¹⁶⁰ vil måtte tillegges betydelig vekt. Innenfor samme bransje vil det òg være en del faktorer som avgjør hvordan han vil klare seg i konkurransesituasjonen. Dersom debitor har rettigheter til varemerker som er anerkjente og vel ansett i forhold til konkurrenters vil dette telle positivt.

4) Debtors livssyklus

Særlig fra petroleumsektoren er debtors livssyklus tillagt vekt, men det må nok i noen grad gjelde i andre bransjer også. Ligningsmyndighetene har for petroleumsektoren skilt mellom undersøkelses, utbyggings og produksjonsfasen. Normalt vil inntjeningsmulighetene øke, og normalt være sikrere lengre ut i denne syklusen de kommer. I begynnelsen kan det f.eks være tvil om et forretningskonsept overhodet holder mål¹⁶¹. Det kan imidlertid tenkes at inntjeningen blir usikker mot slutten av syklusen fordi tiden løper fra selskapets konsept¹⁶².

5) Finansielle momenter

Dersom debitor nylig er kjøpt opp vil det ofte være fordi noen har vurdert de fremtidige inntjeningsmulighetene som gode¹⁶³. Det kan imidlertid være mange andre årsaker til oppkjøp. Oppkjøper er interessert i debtors markedstilgang, know how osv. Han

¹⁶⁰ Utv 2000-613, s 645 OLN.

¹⁶¹ Skaar mfl. *Norsk skatteavtalerett* 539, 2006.

¹⁶² Almvik mfl. *Bedriftsbeskatning i praksis* 330, 2000.

¹⁶³ Utv 2000-613, 645 OLN.

ønsker å oppnå synergieffekter andre steder i konsernet, f.eks ved å få solgt varer eller tjenester til debitor. En annen mulighet er at han vil legge ned en konkurrent¹⁶⁴, men da er det vel igjen et spørsmål i hvilken grad det er behov for lånopptakelse.

Videre vil debtors egne investeringer i andre selskaper og finansielle instrumenter være interessante. For selskaper debitor har interesser i må den samme vurderingen som for debitor selv foretas. Det kan nok tenkes så kompliserte forhold med krysseierskap at man må tillate en viss grad av sjablonmessige beregninger fra ligningsmyndighetene på dette punkt. Det vil selvfølgelig måtte legges vekt på at debitor har investert i særlig gunstige rentebærende papirer, innenlandske eller utenlandske statsobligasjoner osv.

4.16 Justeringen av inntekt

4.16.1 Innkommende lån

I saker hvor det dreier seg om lån fra utenlandsk kreditor til norsk debitor vil følgen av at debtors anses som tynt kapitalisert være at selskapets faktiske kapitalstruktur settes til side for skattemessige formål. Internlånet settes til side i den grad det overstiger hva debitor kunne oppnådd fra en uavhengig långiver. Debitor vil altså da ende opp med den lavest mulige egenkapitalgrad som er innenfor minimumskravet til egenkapital. Dette vil bety at selskapets inntekt øker, da rentefradrag på den del av internlånet som er omklassifisert nektes. For den del av internlånet som evt ikke blir omklassifisert vil renter være fradragsberettiget på vanlig måte. For lån i fremmed valuta vil det samme gjelde for fradrag og inntektsføring av valuta tap. Både fradrag og inntektsføring må reverseres for den del som knytter seg til det omklassifiserte lån. For den omklassifiserte delen av lånet oppstår da et nytt spørsmål om man skal omklassifisere rentene til utbytte, eller evt konsernbidrag. Dette kalles sekundær justering¹⁶⁵. Følgene av en slik omklassifisering vil være at man kan belaste betalingen med kildeskatt. Kommentarene¹⁶⁶ slår fast at mønsteravtalen ikke behandler sekundære justeringer, slik at disse verken er påbudt eller forbudt. Dersom det

¹⁶⁴ Skaar mfl. *Norsk skatteavtalerett* 538, 2006.

¹⁶⁵ OECD retningslinjer 1, pkt 4.67- pkt 4.77.

¹⁶⁶ OECD kommentarer til mønsteravtalen art 9 (2).

skal foretas må det imidlertid gjøres i tråd med armlengdeprinsippet¹⁶⁷. Ifølge Skaar¹⁶⁸ har dette spørsmålet sjeldent oppstått i norsk rett da de fleste saker her dreier seg om petroleumsbeskatning og det sjelden faktisk har vært foretatt rentebetalinger til den utenlandske kreditor.

4.16.2 Utgående lån

I saker der det er ytt rentefrie lån til utenlandsk debitor fra norsk kreditor er spørsmålet i hvilken grad den norske kreditor kan tillegges renteinntekt på lånet. Dette kan bare gjøres i den grad debitor har lånekapasitet¹⁶⁹. Dersom debitors lånekapasitet er overskredet vil kreditor bare kunne tillegges renteinntekt for den del av lånet som er innenfor lånekapasiteten. Kreditor vil da få økt inntekten med markedsrente på denne delen av beløpet.

Et spørsmål som reiser seg er om ligningsmyndighetene i kreditors hjemstat skal foreta en etterfølgende retting i tilfeller hvor et utenlandsk debitorselskap er blitt nektet fradrag for renter på lån fra innenlandsk kreditor etter nasjonale regler om tynn kapitalisering. De betalinger som faktisk er foretatt fra debitor til kreditor vil da i debitors hjemstat måtte være å anse som utbytte.

Klassifikasjonen i kreditors hjemstat vil kunne ha betydning i to tilfeller. Etter mønsteravtalen er kildeskattesatsen på utbytte og renter forskjellig. Henholdsvis 10 og 15%¹⁷⁰. Det vil da føre til forskjellig kreditt i inntektsbeskatningen av kreditor i hjemstaten, med den følge at provenyet blir lavere i tilfelle av klassifisering som utbytte. Det andre tilfellet er dersom utbytte beskatningen i kreditors hjemstat er gjenstand for beskatning etter særskilte bestemmelser med formål for å unngå dobbelbeskatning av selskapsoverskudd og utbytte, for eksempel regler om indirekte kreditt som f.eks frataksmetoden¹⁷¹.

¹⁶⁷ OECD kommentarer til mønsteravtalen art 10 og art 11.

¹⁶⁸ Skaar mfl. *Norsk skatteavtalerett* 545, 2006.

¹⁶⁹ Utv-1997-895, 898-899 FIN.

¹⁷⁰ OECD mønsteravtale art 10 (2) b, art 11 (2).

¹⁷¹ Skaar mfl. *Norsk skatteavtalerett* 542, 2006.

Mønsteravtalens bestemmelser¹⁷² om dobbelbeskatning løser ikke spørsmålet. Man må i tilfelle den aktuelle skatteavtale ikke inneholder noe konkret løse problemet ut fra de prinsippene avtalen bygger på internrettslige prinsipper¹⁷³. For at kreditors hjemstat skal være forpliktet til å behandle rentene på internlånet som utbytte, og innrømme kreditt, etter omklassifiseringen i debtors hjemstat kan tre vilkår¹⁷⁴ oppstilles.

- 1) Skatteavtalen må inneholde metoden med kreditt for skatt på inntekt eller utbytte.
- 2) Skatteavtalen må inneholde en utbytte og en rentebestemmelse tilsvarende mønsteravtalens regler¹⁷⁵, som tillater at renter behandles som utbytte i henhold til nasjonale regler om tynn kapitalisering.
- 3) De nasjonale reglene om tynn kapitalisering må være basert på armlengdeprinsippet i mønsteravtalen¹⁷⁶.

I tilfelle den relevante skatteavtale ikke inneholder noen definisjon av utbyttebegrepet og det bare er rett til utbytte som gir kreditt, må utbyttedefinisjonen i kreditors hjemstat etter prinsippet i mønsteravtalen¹⁷⁷ være avgjørende.

I intern norsk rett foreligger det ingen plikt for ligningsmyndighetene til å foreta en retting som omtalt over. Finansdepartementet har slått fast dette i en uttalelse¹⁷⁸ om at skattemyndighetene: ”ikke kan ha plikt til å omklassifisere ansvarlig lånekapital til egenkapital ved ligningen av morselskapet i Norge som følge av eventuelle egenkapitalkrav i datterselskapets hjemland”. I en senere uttalelse fra Sfs¹⁷⁹ er det imidlertid trukket opp noen retningslinjer for når korresponderende retting bør foretas: ”Hvorvidt korresponderende retting bør skje måtte bero på en konkret vurdering i den enkelte sak,

¹⁷² OECD mønsteravtale art 23 A og B.

¹⁷³ OECD mønsteravtale art 3(2).

¹⁷⁴ Skaar mfl. *Norsk skatteavtalerett* 542, 2006.

¹⁷⁵ OECD mønsteravtale art 10 og 11.

¹⁷⁶ OECD mønsteravtale art 9 (1).

¹⁷⁷ OECD mønsteravtale art 3 (2).

¹⁷⁸ Utv 1995-615 pkt 3.10.4.

¹⁷⁹ Utv 2004-339, 363 Sfs.

hvor debitorselskapets kommersielle lånekapasitet i et uavhengig marked vil være et viktig moment. Videre vil selskapets fremtidsutsikter stå sentralt, målt f.eks ved en antatt fremtidig netto kontantstrøm". Det kan ut fra dette hevdes en regel om korresponderende retting i tilfeller hvor omklassifiseringen ville vært foretatt etter norsk rett om debitor hadde vært hjemmehørende her.

Dersom ligningsmyndighetene ikke omklassifiserer internlånet kan kreditor anmode Finansdepartementet om å iverksette prosedyren for gjensidig avtale med skattemyndighetene i debtors hjemstat dersom skatteavtalen inneholder det¹⁸⁰.

5 Oppsummering

Reglene om tynn kapitalisering har svært stor betydning for skatteprovenyet. Det kommer blant annet frem ved å se på beløpene i de sakene som er behandlet i oppgaven.

Etter at petroleumskatteloven ble endret og kravet til egenkapitalen er fastsatt i loven¹⁸¹ vil det være enklere for rettssubjektene å forutberegne sin rettstilling på dette området. Det fører til at færre saker kommer opp for domstolene. De lege ferenda kan det spørres om dette ikke burde vært gjort generelt for alle områder i skatteloven. At lovgiver valgte å ikke innføre tilsvarende regler for andre forretningsområder da denne loven ble forandret, betyr at på dette området vil det fortsatt være rom for usikkerhet om rettstilstanden og dermed hyppigere prosess. Selv om det skulle komme avgjørelser fra Høyesterett på området vil disse antakelig måtte begrunnes såpass konkret at de ikke vil oppklare rettstilstanden i den grad at prosess ikke lenger vil være aktuelt. Fordelen med å ikke fastsette et krav til egenkapitalprosent er at ligningsmyndighetene og domstolene kan ta hensyn til individuelle forhold i lånekapasitetsvurderingen i større grad. Det vil være større likheter innen de selskaper som rammes av petroleumsskatteloven regime, enn alle andre selskaper. Den

¹⁸⁰ OECD mønsteravtale art 25.

¹⁸¹ Petroleumskatteloven § 3 (h), inntatt ved Endringslov 23. desember 1994 nr. 74.

taushet lovgiver viser i forarbeidene¹⁸² på området til skatteloven, viser nok uansett at en slik lovendring ikke vil komme med det første.

¹⁸² Ot.prp.nr.86 (1997-1998) Ny skattelov.

6 Litteraturliste

Bøker og artikler

- Almvik mfl. *Bedriftbeskatning i praksis*, Oslo 2000
- Arvidsson, *Dolda vinstöverföringar-En skatterettslig studie av internprissättningen i multinationella koncerner*, Stockholm 1990
- Bjerke, Joachim M *Internprissetting*, Oslo 1997
- Bjerkem, MarIus nr 162
- Ekchoff, Thorstein *Forvaltningsrett* 8.utg. ved Eivind Smith. Oslo 2006
- Fløystad, "Tynn kapitalisering – spørsmålet om skattemessige krav til egenkapitalfinansieringen av utvinningsvirksomhet på norsk kontinentalsokkel"
- Gjems-Onstad *Norsk Bedriftskatterett*, Oslo 1999
- Ruud og Ulfstein, *Innføring i folkerett*, Oslo 2002
- Røsæg, Erik *Garantier eller fattigmannstrøst? Støtteerklæringer av typen "comfort letters"* Oslo 1992
- Skaar, Arvid Aage mfl. *Norsk skatteavtalerett*, Oslo 2006
- Syversen, Jan *Skatt på petroleumsutvinning: petroleumsrettslige emner*, OSLO 1991
- Weizmann, *Dobbeltbeskatningsoverenskomster vedrørende inkomst og formue*, København 1994
- Zimmer, Frederik, *Lærebok i skatterett*, Oslo 2006
- Aarbakke i *Festskrift til Eckhoff*

Lover

- Lov-1975-06-13-35 Lov om skattlegging av undersjøiske petroleumsforekomster, petroleumskatteloven
- Lov-1977-05-13-35 Lov om regnskapsplikt mv, regnskapsloven
- Lov-1980-06-13-24 Lov om ligningsforvaltningen, ligningsloven
- Lov-1999-03-26-14 Lov om skatt av formue og inntekt, skatteloven
- Lov om inkomstbeskatning av aktieselskaper m.v. nr 432 af 26.6 1998 § 11 (3) Dansk

Forarbeider

Ot prp nr 26 (1980-81) Om lov om endringer i lov nr 8 av 18 august 1911 om skatt av formue og inntekt mv, skatteloven

Ot.prp.nr.86 (1997-1998) Ny skattelov

EF-domstolen

C-324-00 Lankorst-Hohorst

Rettstidene

Rt 1912-417

Rt 1912-486, *Marks Garmlager*

Rt 1940-598, *Fornebo*

Rt 1984-891

Rt 1999-1087, *Baker Hughes*

Rt 2003-1317, *Statpipe*

Utvalget

Utv 1989-304 URD, *Amoco I*

Utv 1989-341 URD, *BP Petroleum*

Utv 1991-69 LRD, *Emilsen*

Utv 1992-157 PSK

Utv 1993-1344 FIN

Utv-1995 615 FIN

Utv 1995-1065 FIN

Utv 1997-816 URD, *Freia*

Utv 1997-816 URD, *Freia*

Utv 1997-895 FIN

Utv 1999-1291 URD, *Elkem*

Utv 1999-540 LRD, *Nycomed*

Utv 1999-849 URD, *Dyno*

Utv 2000-613 OLN

Utv 2003-487, Thor Leegaard, artikkel

Utv 2004-339 SfS

Utv 2004-685 LRD, *Scribona*

Utv 2005-551 URD, *Statoil Angola* (navngitt her)

Klagenemnda for petroleumskattesaker

PSK 1986-0120-A

PSK 1987-0330-B

PSK-1989-1002-A

Upublisert dom

Eidsivating lagmannsrett dom av 28 mars 1989, *Amerada Hess* (upublisert)

Internasjonalt

International Financial Reporting Standards

OECD *Model tax convention on income and on capital*. Paris 2000, kommentarer til mønsteravtalen

OECD *Model tax convention on income and on capital*. Paris 2000, mønsteravtalen

OECD *Thin capitalisation Report* Paris 1987

OECD Thin Capitalisation. *The taxation of entertainers, artists and sportsmen*. Paris 1984, Thin capitalisation

OECDs retningslinjer 1: *Transferpricing guidelines for multinational enterprises and tax administrations*, retningslinjene

